"Gleichberechtigung und das 1.EheRG"

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Renate Möcke
aus Kirchheim/Teck Kreis Nürtingen

1980

Papyrus-Druckerei, Berlin

80 391

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Prof.Dr. Wolfgang Zöllner
1. Berichterstatter Prof. Dr. Hermann Lange
2. Berichterstatter Prof. Dr. Dieter Reuter

Tag der mündlichen Prüfung: 11.2.1980

Bei eines Strumpfes Bereitung
sitzt sie im Morgenhabit;
er liest in der Kölnischen Zeitung
und teilt ihr das Nötigste mit

Wilhelm Busch

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548919_0036

Gliederung

Einleitung 1
1.) Problemstellung 1
2.) Was ist eigentlich Gleichberechtigung? 4

I. Kurzer geschichtlicher Überblick 7
1.) Die Zeit bis zur Weimarer Republik 7
a) Ursprung der Entwicklung 7
b) Entwicklung in Deutschland 9
c) Die Familienrechtsregelungen, die Frau betreffend 11
ca) § 1354 11
cb) § 1355 12
cc) § 1356 13
cd) § 1357 14
ce) § 1358 14
cf) Scheidungsrecht 15

2.) Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Verfassung 16
a) In der Weimarer Reichsverfassung 16
b) Die Regelung des Bonner GG 18
ba) Art.3 I 19
bb) Art.3 II 20
bc) Differenzierungen 22
bd) Art.3 III 24

3.) Das GlBerG von 1957 als Verwirklichung des Verfassungsauftrags 25
a) Übergangsrechtslage 1953-1958 25
b) Recht der allg.Ehewirkungen 26
ba) § 1353 26
bb) § 1355 27
bc) § 1356 28
bd) § 1357 30
be) § 1358 30
bf) § 1360 31
bg) § 1361 31
bh) Kritische Stellungnahme 32

II. Verfassungsauftrag und gesellschaftliche Wirklichkeit 33

1.) Verfassungsrechtliche Verpflichtungen aus Art.2 I, 3 II und 6 I GG 33

a) Die Grundrechte allgemein u.Art.2 I 33

b) Begrenzungen des Art.3 II 34

c) Art.6 I 35

ca) historische Zusammenhänge 36

cb) Schutzbereich 37

cc) Eheform? 38

cd) Wandelbares Ehebild 42

d) Vereinbarkeit v. Art.3 II u. Art. 6 I GG 44

e) Kein Vorrang der Institution Ehe 46

2.) Situation der Frau in der Gesellschaft 47

a) Grundsätzliche Schwierigkeiten 47

b) Die Frau im Berufsleben und in der Familie 51

ba) "Bevorzugungen" der Frau 51

bb) effektive Benachteiligungen 53

bc) Situation der "Nur-Hausfrau" 55

bd) Doppelbelastung u. konstitutionelle Unterschiede 57

be) Repräsentanz in öffentlichen Gremien 58

bf) Geschlechtsrollen in der Familie 59

3.) Das Reformgesetz - ein Ehegesetz 60

a) Ehe und Familie 60

aa) Ehedefinitionen 61

ab) Familienfunktionen 62

ac) Personale Aspekte 64

ad) Familiensoziologie und Familienpolitik 66

b) Gleichberechtigung in Ehe und Familie 70

ba) in der Ehe 71

bb) in der Familie 71

bc) Voraussetzung: individuelles Ehebild 72

4.) Überblick über die Rechtslage vor dem 1.EheRG 73
a) Allgemeine Ehewirkungen 74
aa) § 1353 74
ab) § 1355 74
ac) § 1356 75
ad) § 1357 76
ae) Dispositive Regelungen 77
b) Scheidungsrecht 78
ba) Verschuldensprinzip und seine Auswirkungen 79
bb) Schwierigkeiten des Schuldspruchs 81
c) Scheidungsfolgenrecht 83

III. Die Entwicklung hin zum 1.EheRG 85
1.) Die verschiedenen Entwürfe 85
a) Eherechtskommission 86
b) Diskussionsentwurf 86
c) Referentenentwürfe 87
d) Regierungsentwürfe 71 87
e) RegE 73 87
f) Rechtsausschuß 88
g) Vermittlungsausschuß und Verabschiedung 88
h) Zusammenfassung 89

2.) Inhaltliche Entwicklung unter Berücksichtigung der Kritik an den Entwürfen 89
a) Allgemeine Ehewirkungen 91
aa) § 1353 91
ab) § 1355 94
ac) § 1356 96
ad) § 1357 99
ae) § 1360 100
af) § 1360 a 101
ag) § 1361 101
b) Scheidungsrecht 102
ba) § 1565 108
bb) § 1566 111
bc) § 1567 114
bd) § 1568 115

c) Scheidungsfolgenrecht 119
ca) § 1569 119
cb) §§ 1570 - 1572 124
cc) §§ 1573, 1574 125
cd) §§ 1574, 1575 127
ce) § 1576 128
cf) §§ 1577, 1578 129
cg) § 1579 130
ch) § 1581 132
ci) §§ 1587 ff. 133

3.) Ausdruck des Gleichberechtigungsgedankens in den Entwürfen 136

4.) Politische Interessen 136
a) Ausmaß des politischen Einflusses 137
b) Verstrickung mit wirtschaftlichen Interessen 139

IV. Rechtslage nach Inkrafttreten des 1.EheRG 143

1.) Darstellung der verschiedenen Neuregelungen 143
a) Die allgemeinen Ehewirkungen 143
aa) § 1353 143
ab) § 1355 145
ac) § 1356 146
ad) § 1357 147
ae) § 1360 148
af) § 1360 a 149
ag) § 1361 149
b) Scheidungsrecht 151
ba) § 1564 151
bb) § 1565 152
bc) § 1566 158
bd) § 1567 159
be) § 1568 160
c) Scheidungsfolgenrecht 161
ca) § 1569 161
cb) § 1570 162
cc) § 1571 163
cd) § 1572 163

ce) § 1573 163
cf) § 1574 165
cg) § 1575 165
ch) § 1576 166
ci) § 1577 167
cj) § 1578 167
ck) § 1579 168
cl) § 1580 169
cm) § 1581 169
cn) § 1582 170
co) §§ 1582 - 1586 b 170
cs) §§ 1587 ff. 171

2.) Beitrag zur Gleichberechtigung 174
a) Im Bereich der allgemeinen Ehewirkungen 174
b) Auf dem Gebiet des Scheidungsrechts 178
c) Im Scheidungsfolgenrecht 180

V. Kritik am 1.EheRG 183
1.) Die Äußerungen in der Öffentlichkeit 183
a) Allgemeine Ehewirkungen 185
aa) § 1353 185
ab) § 1355 188
ac) § 1356 190
ad) § 1357 192
ae) §§ 1360/1361 193
b) Scheidungsrecht 194
ba) § 1565 196
bb) § 1566 199
bc) § 1567 201
bd) § 1568 202
c) Scheidungsfolgenrecht 205
ca) Grundsätzliches 206
cb) Restriktive Auslegung 108
cc) Angemessenheit 210
cd) Flexibilität der Regelung und ehebedingte Bedürftigkeit 211
ce) § 1573/ ehelicher Lebensstandard 211
cf) § 1574 213
cg) § 1576 213

ch) § 1577 216
ci) § 1579 217
cj) § 1582 219
ck) §§ 1587 ff. 219

2.) Eigene Kritik 224
a) Allgemeine Ehewirkungen 224
aa) § 1353 224
ab) § 1355 227
ac) § 1356 228
ad) § 1357 231
ae) § 1360 232
af) § 1361 232
b) Scheidungsrecht 234
ba) § 1565 235
bb) § 1566 237
bc) § 1567 238
bd) § 1568 238
c) Scheidungsfolgenrecht 239
ca) § 1570 241
cb) Verknüpfung von Unterhaltsansprüchen 242
cc) § 1573 243
cd) § 1574 243
ce) § 1575 244
cf) § 1576 245
cg) § 1577 246
ch) § 1579 246
ci) § 1581 247
cj) §§ 1587 ff. 248

VI. Weitere Verwirklichung des Gleichberechtigungsgrundsatzes durch das 1.EheRG 251

1.) Die Gleichberechtigung der Frau als gesellschaftspolitisches Problem und als Problem des Familienrechts 253
a) Gleichberechtigung als gesellschaftliches Problem 253
b) Gleichberechtigung als Problem des Familienrechts 255
ba) Funktion des Familienrechts 256
bb) Ist das neue Recht familienfeindlich? 259

bc) Besteht ein fördernder Zusammenhang zwischen dem neuen Recht und Ehe und Familie? 266
α) Ermöglichung der 2.Eheschließung 266
β) Selbstverwirklichung beider Partner 267
γ) staatliche Interessen 268
δ) Stabilität der Ehen 270
bd) Anwendung des Familienrechts aufgrund gesellschaftlicher Zusammenhänge 272
c) Gleichberechtigung als Problem der Betroffenen 273
ca) der Frauen 273
cb) der Familienmitglieder 274
d) Gleichberechtigung als faktisches Problem 275
e) Gleichberechtigung als Problem auf der Bewußtseinsebene 276
f) Erziehung zur Gleichberechtigung durch das 1.EheRG 280

2.) Funktion des Rechts 282
a) Verhaltenssteuerung 282
aa) Recht und Politik 284
ab) Wirkung nur des Rechts 285
ac) Einfluß auf der Bewußtseinsebene 288
ad) Regelungsgebiet 290
b) Gesetzestechnische Schwierigkeiten 291
ba) Volkstümlichkeit,Rechtskenntnis 291
bb) Faktenanalyse 294
bc) Mitwirkung der Adressaten 296
bd) Meinungspluralismus und Wertungen der Verfassung 298
be) Erfolgskontrolle 299
bf) Was ist Recht? 300
c) Rechtssicherheit contra Einzelfallgerechtigkeit 302

3.) Funktion und Einfluß der Rechtsprechung 304
a) Funktion der Rechtsprechung 304
aa) Weltanschauliche Widersprüche 307
ab) Erkenntnisprozeß/Objektivität 309

ac) Arbeitsmethoden d.Richters 311
ad) Begrenzungen 313
b) Verwirklichung progressiver Aufträge? 314
ba) "unrichtiges Recht" 315
bb) "Flucht in die Generalklausel" 316
bc) konservative Forderungen 319
bd) Einstellung der Richter 320
be) Mängel des Gesetzes 324
c) Rechtssicherheit/Einzelfallgerechtigkeit 325

VII. Ergebnisse 329

Gliederung III

Literaturverzeichnis XI

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur XXXII

Abkürzungen XXXV

Anhang I - VI Gesetzestexte

Einleitung

1.) Problemstellung

Art.3 unserer Verfassung sagt, daß alle Menschen vor dem Gesetz gleich, und daß Männer und Frauen gleichberechtigt sind. Diese Aussagen sind dort in einer Form gemacht, als bedürfe es hier nur einer Feststellung von Tatsachen, als seien diese Sätze in unserer Verfassung nurmehr aufgenommen, um quasi überflüssig einer Selbstverständlichkeit Ausdruck zu verleihen.
Betrachtet man aber die gesellschaftlichen Verhältnisse - auch und gerade in ihrem historischen Zusammenhang -,wird rasch deutlich, wie notwendig es war, dies in unsere Verfassung aufzunehmen, und daß es sich eben nicht um Feststellungen handelt, sondern um Forderungen; Forderungen an den Staat, an die drei Gewalten, aber auch an jeden einzelnen Bürger, diese Aussagen erst zur Tatsache werden zu lassen.
Wenn man hier Aristoteles zitiert "Es ist also klar, daß es von Natur Freie und Sklaven gibt und daß das Dienen für diese zuträglich und gerecht ist ... Desgleichen ist das Verhältnis des Männlichen zum Weiblichen v o n N a t u r so, daß das eine besser, das andere geringer ist, und das eine regiert und das andere regiert wird..."(1), so erinnert man eben damit nicht an längst Vergangenes, sondern diese Auffassung ist mehr oder weniger ausgeprägt noch so stark verwurzelt, daß wir uns täglich erneut klarmachen müssen, daß zwar alle Menschen gleich sind, wir sie aber immer noch nicht als gleich ansehen.
Wenn C.G. Jung sagt: "Die Frau der Gegenwart steht vor einer gewaltigen Kulturaufgabe, welche vielleicht den Anfang eines neuen Zeitalters bedeutet"(2), so bleibt dem nur hinzuzufügen, daß die Frau allein diese Weltveränderung durch Selbstveränderung nicht schafft, sondern hier gemeinsame Arbeit mit dem Mann nötig ist. Gemeinsam muß für die Verwirklichung der Gleichberechtigung gekämpft werden, wobei klar sein muß, daß von der prinzipiellen Flexibilität der Geschlechtsrollen auszugehen ist.
Dem scheinen bestimmte Naturgegebenheiten bei Mann und Frau ent-

---

(1) zit. nach Dahrendorf, Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen, 1961, S.6

(2) Jung, Die Frau in Europa, 1965, S.25

gegenzustehen. So schreibt z.B. grundlegend M.Mead: "Die Betonung des männlichen Arbeitsrhythmus ist eine Betonung unendlicher Möglichkeiten; Betonung des weiblichen Rhythmus ist Betonung einer klar festgelegten Prägung, ist Betonung der Begrenzung ..."(3), was sie zwar aus den biologischen Gegebenheiten herleitet, aber auf alle Lebensumstände projiziert, und Eva Firkel führt aus: "Die Qualitäten des Männlichen und des Weiblichen gehören demnach in den Lebensvollzug"(4), aber diese Qualitäten sind als Grundvoraussetzungen längst nicht bestimmend, sondern bilden doch nur eine Komponente, die in die Gesamtheit eingebaut werden muß und der Flexibilität der Geschlechtsrollen nur in ganz, ganz engen Grenzen, nämlich im streng biologischen Bereich, Beschränkung auferlegt(5).

Daß bei dem Kampf für die Gleichberechtigung vielfach die Frauen selbst sich scheuen, sich für diese einzusetzen, erschwert das Vorgehen sehr, ist aber konsequent und systemimmanent, denn sie müssen befürchten, als unweiblich verurteilt zu werden, und Weiblichkeit ist vielfach der einzige Trumpf, den man ihnen gelassen hat.

Ebensowenig kann und will der Mann spontan umdenken, vor allem "umfühlen".

Wird es also dem einzelnen Menschen schwer, sich aus seiner Erziehung und der ihm vorgegebenen Gedankenwelt zu lösen, so sollte der Gesetzgeber, der ja der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ebenso verpflichtet ist wie der Bürger, alle seine ihm zur Verfügung stehenden Mittel einsetzen, um dem Verfassungsauftrag gerecht zu werden.

Dieser Aufgabe und Verantwortung scheint sich der Gesetzgeber auch bewußt zu sein, denn er hat doch zumindest - und nicht nur auf dem Gebiet des Familienrechts - Anstrengungen unternommen, dem Art.3 II gerecht zu werden, so z.B. durch das GlBerG von 1957 und nun durch das 1. EheRG von 1976. Allerdings ist die

---

(3) Mead, Mann und Weib, gekürzte Ausgabe 1977, S.143

(4) Firkel, Die selbstbewußte Frau, 1976, S.66

(5) Diese Flexibilität ist gerade bei Mead sehr aufschlußreich dargestellt und z.B. S.137 auch der Schluß der prinzipiellen Flexibilität gezogen. Allerdings will sie grundsätzlich die Arbeitsrhythmen bewußt noch strenger den biologischen Gegebenheiten unterordnen.

Effizienz des GlBerG unter dem Aspekt der Gleichberechtigung im Rückblick enttäuschend, die des 1. EheRG soll untersucht werden. Um die volle Gleichberechtigung von Mann und Frau in jeder Hinsicht zu verwirklichen, erscheint es wichtig, die rechtlichen Möglichkeiten für dieses Gebiet zu prüfen und auch die politische und damit rechtspolitische Zielsetzung der Gesetzgebung aufzudecken, um feststellen zu können, ob die rechtlichen Möglichkeiten, soweit sie bestehen würden, überhaupt ausgenutzt wurden.

Es soll z.B. auf die Fassung des Gesetzes, das Regelungsgebiet, eventuelle flankierende Regelungen und Maßnahmen, das Regelungsvermögen in solchen Dingen oder darauf eingegangen werden, wie ernst es dem Gesetzgeber mit seinem Vorhaben war.

Die Problemstellung der Arbeit ergab sich konkret daraus, daß der Gesetzgeber des 1. EheRG die Ehe als gleichberechtigte partnerschaftliche Lebensbeziehung sieht, was ja den Inhalt der neuen Regelungen bestimmt, und was impliziert, daß die getroffenen Regelungen nur "passen", wenn sie auf gleichberechtigte Partner angewendet werden.

Gleichzeitig aber wurde das Gesetz erlassen, um die Verwirklichung des Gleichberechtigungsgedankens erst weiter voranzutreiben(6).

Es wird also einerseits eine Gegebenheit zum Inhalt einer Regelung gemacht, von der andererseits bekannt ist, daß die gesellschaftliche Realität weit von ihr entfernt ist.

Dieser Widerspruch in der sich vollziehenden Familienrechtsreform ist ein interessanter und, wie mir scheint, lohnender Ansatzpunkt, um zu untersuchen, ob wirklich ein gesellschaftliches und politisches Interesse an der Gleichberechtigung der Frau besteht und dieses in Gesetzgebung und Rechtsprechung wirksam wird, oder ob womöglich ein solches Gesetz im Hinblick auf die Gleichberechtigung lediglich Alibifunktion hat.

Um die Untersuchung noch überschaubar zu halten, wurde ganz ausschließlich das 1. EheRG behandelt und dort auch nur die allgemeinen Ehewirkungen, das Scheidungs- und das Unterhaltsrecht(7).

---

(6) Im Bereich der Ehewirkungen wurden alle Vorschriften erneut geändert, die schon durch das GlBerG von 1957 geändert worden waren.

(7) Wegen des engen Zusammenhanges war zunächst auch auf Güterrechtsfragen sowie Probleme der elterlichen Gewalt mit eingegangen worden; es wurde aber schnell deutlich, daß die Arbeit auf diese Weise uferlos geworden wäre....

In weiten Teilen der Arbeit sind Themenkreise erörtert, hinsichtlich deren es ganz und gar überflüssig erscheint, dem vollkommen unüberschaubaren "Literaturberg" noch eine weitere Äußerung hinzuzufügen, so z.B., wenn die Entstehung des 1. EheRG behandelt wird.
Da dies aber jeweils nur unter dem Aspekt der Gleichberechtigung erfolgt, also alle Prüfungen und Aussagen unter diesem Blickwinkel gemacht werden, ließ sich manche Wiederholung von vielfach Geäußertem doch nicht vermeiden.

2.) Was ist eigentlich Gleichberechtigung?

Zunächst scheint eine Erklärung dieses Begriffs überflüssig, denn sein Inhalt und damit auch der der Gleichberechtigungsforderung scheint von vornherein klar zu sein und sich vor allem schon ganz unmittelbar aus dem Wort selbst zu ergeben.
In Wirklichkeit aber bestehen hier ganz erhebliche qualitative und quantitative Unterschiede, und zwar nicht nur beim Privatmenschen, sondern auch in der Politik.
Diese ergeben sich einmal daraus, daß der Begriff trotz seines Inhalts ..."recht"... aus der Politik kommt und unverändert von Juristen übernommen wurde, ebenso von sämtlichen gesellschaftlichen Kräften und der Masse der Einzelpersonen, zum anderen auch aus der jeweils unterschiedlichen Art, dieses Ziel erreichen zu wollen.
In der Rechtsordnung wird angestrebt die rechtliche Anhebung der Frau auf die Stellung des Mannes, wobei die Berücksichtigung von Unterschieden, die "eben doch vorhanden sind" ängstlich betont wird, es gehe also nicht um Gleichmacherei, sondern um Feststellung der Gleichwertigkeit.
Selbstverständlich kann es nicht um Gleichmacherei gehen, daran wird niemand Interesse haben, aber Inhalt darf auch nicht nur die "Anhebung der Frau" sein, sondern Gleichberechtigung heißt ganz real, Männern und Frauen gleiche Rechte und Pflichten übertragen - Veränderungen ergeben sich also zwangsläufig für beide Geschlechter, vor allem im psychischen Bereich. Ohne diese läßt sich auch die rechtliche "Anhebung" gar nicht durchsetzen, sondern so lassen sich nur verbal Rechtspositionen einräumen, von

---

Überdies verzerrt das Problem der elterlichen Gewalt den Bereich der Gleichberechtigung von Mann und Frau, weil ja Drittinteressen mit berücksichtigt werden müssen; vgl. hierzu Knöpfel, NJW 60, 558

denen die Betroffenen gar keinen Gebrauch machen können. Es werden sich die Vorrechte und Benachteiligungen umverteilen müssen, was auch zu einer Aufhebung der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung führt.

Zwar ist das Wort von der "Gleichberechtigung der Frau" meist angebracht, denn sie ist diejenige, die im Moment noch die schlechtere Position und unter der Unausgewogenheit von Rechten und Pflichten zu leiden hat, - hier wird auch der Bezug zum Familienrecht klar, denn es ist insbesondere die verheiratete Frau, die hier besonders benachteiligt ist -; aber grundsätzlich geht es um die Gleichberechtigung der Geschlechter, ganz global gesehen, also um die Beseitigung überkommener Geschlechtsrollenfestschreibungen. In Beruf und Familie ist weniger an Männer und Frauen, sondern primär an Menschen zu denken(8).

Zwar wird es zum Teil für völlig erfolglos gehalten, die Unterdrückung der Frau abzuschaffen und so die Gleichberechtigung der Geschlechter zu verwirklichen, solange nicht unsere Gesellschaft sich in eine sozialistische verwandelt und die Unterdrückung aller Menschen abgeschafft wäre. Im Sozialismus sei die Frau zwangsläufig frei, gleich, unabhängig und selbständig(9). Aus dieser Haltung heraus wird der Kampf nur für die Verbesserung der Situation der Frau als Beschränkung auf den "Nebenwiderspruch" abgelehnt, wodurch aber die Unterdrückung der Frau nur perpetuiert und gleichzeitig von der Gleichberechtigungsproblematik geschickt abgelenkt wird.

Es hat wenig Sinn, auf eine ferne Zukunft zu verweisen, deren Eintritt überdies alles andere als gesichert erscheint. Zwar kann tatsächlich kein Geschlecht sich befreien, wenn es nicht gleichzeitig das andere freisetzt, das Freisetzen von Rollenzwängen ist aber dennoch innerhalb der bestehenden Gesellschaft

---

(8) vgl. aber die Stellungnahme zum DiskE des BJM vom Rechtsausschuß Ev.Frauenarbeit, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.112: Gleichberechtigung würde nicht durch eine bedingungslose Gleichstellung von Mann und Frau im Sinne einer mehr oder weniger uneingeschränkten Austauschbarkeit der Aufgaben hergestellt werden können"; dabei schreibt schon Mead (Fn 3), S. 66: "Der Unterschied zwischen den Geschlechtern, der den Kindern in unserer Welt eingemauerter, abgesperrter Wohnungen nachdrücklich aufgezwungen wird, hat mit Unterschieden der Beschäftigung, der Kleidung und der Vorrechte zu tun"; auch Lecheler, FamRZ 79, 6, sieht, daß gesellschaftspolitisch die Forderung nach rechtlicher Gleichstellung der Frau in der Familie durch die Forderung nach faktisch gleichen Rollen überholt sei; ähnlich Säcker, 50.DJT, S. L 11

zu versuchen und unter den gegebenen Voraussetzungen für eine Verbesserung der Lage der Frau und damit aller Menschen alles nur Mögliche zu tun. I.S. der sozialistischen Ideologie müßte man sagen, Mann und Frau sollen wenigstens zu "gleichberechtigten Unterdrückten" werden(10).

Gleichberechtigung heißt: gleiche Rechte und Pflichten für Männer und Frauen, volle Wahlmöglichkeit für beide, was ihre persönliche Lebensgestaltung anlangt; Gleichberechtigung setzt somit - wenigstens im Grundsatz - die Selbständigkeit und Selbstbestimmung des Menschen voraus.

Hierzu bekennt sich auch das 1. EheRG, das nach Aussage des damaligen Justizministers Jahn "die Beziehungen der Ehepartner auf der Grundlage gleicher Rechte in Selbstbestimmung und Selbstverantwortung" gestalten will(11). Also auch hier wird der Zusammenhang zwischen individueller Selbstbestimmung und Gleichberechtigung gesehen.

Dies hört sich vielleicht so an, als würde Art.3 letztendlich für eine besondere Ausprägung des Art.2 gehalten - ganz so kann man es wohl nicht sehen, aber die Implikationen des Art.2 sind quasi Voraussetzung für die Gleichberechtigung, denn voneinander abhängige Menschen können von ihren Rechten keinen Gebrauch machen, und die, von denen sie abhängig sind, werden durch die Pflichten überfordert.

Gleichberechtigung ist also Erziehungs- und Lernziel für Frauen und Männer, denn für beide wird und muß sich dadurch einiges verändern.

Erst unter der Voraussetzung der Gleichberechtigung in diesem Sinne wird man auch wieder Unterschiede beachten dürfen, zwar nicht zwischen Männern und Frauen grundsätzlich, sondern dann zwischen Menschen verschiedener Art. Erst dann wird man mit Adolf Arndt sagen können: "Die Gleichheit als Gleichberechtigung gewährleistet es uns, ungleich zu sein"(12).

---

(9) vgl. z.B. Bebel, Die Frau und der Sozialismus, 50.Aufl., 1910, S.515; Bronska-Pampuch, Ergebnisse bei den Marxisten, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.120; Zusammenstellung bei Pieper/Pieper, Familie: Stabilität und Veränderung, 1975, S.50 ff.; Säcker, 50.DJT, S.L 9 weist darauf hin, daß die 50jährige Erfahrung mit dem russischen Sozialismus Bebels These widerlege.

(10) für gefährlich hält diese Argumentation Meinhof, Falsches Bewußtsein, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.32, 37, 40; ausführlich hierzu Simitis, Zur Situation des Familienrechts - Über einige Prämissen, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S. 23 f.

I. Kurzer geschichtlicher Überblick

Sowohl die Geschichte der Frauenbewegung als auch die rechtliche Entwicklung der Stellung der Frau sind vielfach ausführlich dargelegt worden(1). So genügen als Einstieg in die Thematik einige "Streiflichter", und aus der rechtlichen Entwicklung werden das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896, die Weimarer Reichsverfassung, das Bonner Grundgesetz und das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 kurz beschrieben.

1.) Die Zeit bis zur Weimarer Republik

a) Ursprung der Entwicklung

Als Ursprung der Entwicklung könnte man eine Phase bezeichnen, in der - im Fall ihres Fortbestehens - primär die Männer hätten für Gleichberechtigung kämpfen müssen.
Will man nämlich Bachofen folgen, dann gab es in Urzeiten eine Phase der "Weiberherrschaft", die sich aus Geschlechtskommunismus und Hetärismus ergab(2), wo ja nur die Mutter der Kinder sicher bestimmbar ist, also besonders geehrt wurde. Den Forschungen Bachofens zufolge endete diese sog. Gynaikokratie dadurch, daß das Menschengeschlecht die Natur bezwingt und sich "erhebt, aufsteigt von der Erde zum Himmel"(3), also vom Naturprinzip zum höheren geistigen übergeht.

---

(11) vgl. BJM Jahn im Deutschen Bundestag, Stenographischer Bericht der 40.Sitzung v. 8.Juni 1973; auch BJM Vogel, Die rechtspolitischen und rechtsethischen Grundgedanken der Eherechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland, in: FS Broda, S.407; nicht zu verwechseln sind hier aber Gleichberechtigung und Emanzipation; letztere ist bewußtseinsmäßige Voraussetzung der ersteren; unklar verwendet z.B. bei Gernhuber, Familienrecht, S.50; zutreffend unterschieden von Simitis (Fn 10), S.23 ff.

(12) Arndt, Gedanken zum Gleichheitssatz, in: FS Leibholz, S.185

(1) vgl. z.B. kurze Zusammenfassungen bei Scheffler, Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft im Wandel der Rechtsordnung seit 1918, 1970,; Beitzke, Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz, in: Bader (Hrsg.) Die Gleichberechtigung von Mann und Frau,1950, S.9 ff.; Hedemann, Die Rechtsstellung der Frau, 1952; ausführlich Bebel, Die Frau und der Sozialismus, 50.Aufl.,1910

(2) Bachofen , Das Mutterrecht, Bd.I und II, 3. Aufl.,1948; vgl. auch Saller, Die biologischen Grundlagen, in: Rotzoll (Hrsg.) Emanzipation und Ehe, 1969, S.52

Das Interessante an Bachofens Forschung ist, wie Marianne Weber zutreffend feststellt, vor allem, daß sie - mögen sie auch teilweise nicht haltbar sein - dennoch geeignet sind, "die Auffassung von der Naturgesetzlichkeit des Familienpatriarchalismus zu zerstören"(4).

Das angeblich höhere Denkvermögen, die angeblich höhere Qualität des Mannes ist schon Mitte des vorigen Jahrhunderts kritisch betrachtet worden, nicht nur seitens der Frauen(5), sondern auch eines Mannes(6).

Noch früher, nämlich zu Zeiten der französischen Revolution, sind die Vorkämpferinnen der Frauenbewegung wohl erstmals in größerer Zahl ins öffentliche Bewußtsein getreten. Dem Kampf um Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit schlossen sich viele Frauen an, doch schnell stellte sich heraus, daß wohl die gleichen Pflichten für sie möglich waren, die Rechte aber blieben für die Männer gemacht.

Die wohl berühmteste Frau der französischen Revolution, Olympe de Gouges, entlarvte die Menschenrechte von 1789 (les Droits de l'homme et du citoyen) als Männerrechte und proklamierte selbst in 17 Artikeln die "Frauenrechte" mit der Begründung: "Wenn die Frau das Recht hat, das Schafott zu besteigen, so muß sie auch das Recht haben, die Tribüne zu besteigen"(7).

Statt dessen wurden alle Frauenclubs verboten und Olympe de Gouges enthauptet. Insbesondere Napoleon machte sich als Gegner der

---

(3) Bachofen, (Fn 2), Bd. I, S.200; für nicht stichhaltig hält seine Ergebnisse Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907, S. 52 f.; insgesamt ist festzustellen, daß Bachofens Schlüsse nicht als erwiesen angesehen werden können; vgl. auch König , Alte Probleme und neue Fragen in der Familiensoziologie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.127. Im übrigen geht auch Bachofen selbst von einer Entwicklung wieder zur mütterlichen Vorherrschaft aus: "Die ursprüngliche Gleichheit kehrt zuletzt wieder",(Fn 2), Bd.II, S.925, denn nach ihm bestand diese Gleichheit im Matriarchat. Dennoch sieht er in der Rückentwicklung einen Rückfall in die Tiefe, während Bebel (Fn 1), S.521 dies als nötige Fortentwicklung, als Voranschreiten wertet.

(4) Marianne Weber, (Fn 3), S.63

(5) vgl. zur Frauenfrage allgemein,auch zu ihrer Geschichte, z.B. Simone de Beauvoir, Das andere Geschlecht, 1968; Menschik, Feminismus, 1977; dies., Grundlagentexte zur Emanzipation der Frau, 2. Aufl., 1977; dies., Gretchens rote Schwestern, 1974; dies., Gleichberechtigung oder Emanzipation, überarb.Aufl., 1976; Friedan, Der Weiblichkeitswahn.oder die Selbstbefreiung der Frau, 1970; Brandt/Kootz/Steppke ,Zur Frauenfrage im Kapitalismus, 3. Aufl., 1976; Bebel (Fn 1), u.v.a.m., zahlreiche Nachweise bei Scheffler, Ehe und Familie, in: Bettermann/

Frauenbewegung stark, was im Code Civil von 1804 deutlich zum Ausdruck kam(8).

b) Entwicklung in Deutschland

Dadurch, daß Deutschland noch bis ins 19.Jahrhundert politisch völlig zersplittert war, fanden sich erhebliche Unterschiede in sämtlichen rechtlichen Regelungen, so auch hinsichtlich der Rechtsstellung der Frau(9), die aber dennoch allgemein als sehr schwach bezeichnet werden muß.
Im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 beispielsweise wurde zwar betont, die Rechte der Geschlechter seien einander gleich, abgesehen von Ausnahmen in besonderen Gesetzen oder rechtsgültigen Willenserklärungen (I 1 § 24). Gleichzeitig blieben Töchter so lange unter elterlicher Gewalt, bis sie durch Heirat in die Gewalt des Gatten übergingen, und zwar unabhängig davon, wie alt sie waren (II 1 §§ 184 ff. und II 2 §§ 228 ff., Geschlechtstutel)(10).
In Bayern sprach man auch 1842 noch von einem "mäßigen Züchtigungsrecht" des Mannes(11).
Die Einzelvorschriften, die den Frauen bestimmte Rechte ab- bzw. nicht zusprachen, waren alle von der Auffassung getragen, daß die Frau gar keine eigene Rechtspersönlichkeit besitze, sondern ihre rechtliche Stellung quasi vom Manne abgeleitet sei. Man denke nur an den Satz des common law: "Husband and wife are one and the husband is the one"(12).

Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd.IV 1, 1960.

(6) Bebel, (Fn 1), S.281 ff.

(7) zit. nach Hedemann (Fn 1), S.4; vgl. auch bei Scheffler, (Fn 1), S.6

(8) Zum Familienrecht des Code Civil ausführlich Dörner, Industrialisierung und Familienrecht, 1974; in den Art.212 ff. stand zwar, daß sich die Ehegatten gegenseitig Treue, Hülfe und Beistand schuldeten, der Mann schuldete der Frau auch Schutz, die Frau aber dem Manne Gehorsam. Die Bedeutung dieser Regelungen wird klar, wenn man bedenkt, daß der Code Civil nicht nur für Frankreich galt, sondern 1809 als Badisches Landrecht übernommen wurde und auch für verschiedenste andere Gesetzeswerke als Grundlage diente.

(9) auch eine Frauenbewegung war nicht so deutlich auszumachen wie in Frankreich; das erste Manifest der deutschen Frauenbewegung hatte 1790 ein Student Hippel herausgebracht.

(10) In I 5 § 23 Pr.Allg.Landrecht wurden "unverheirathete Frauenspersonen, dafern die Provinzialgesetze keine Ausnahme machen, bei Schließung der Verträge den Mannespersonen gleich"

Einen wichtigen Schritt in der Entwicklung stellte die Vereinheitlichung der vielen verschiedenen rechtlichen Regelungen im Bürgerlichen Gesetzbuch dar. Es ist also von Bedeutung, wie in diesem Gesetzeswerk die Stellung der Frau geregelt wurde, zumal da dies zu einer Zeit geschah, als bereits politische Kräfte und verschiedene Frauenvereine für die Gleichberechtigung der Frau kämpften(13).

1887 wurde nach 13jähriger Arbeit ein sog. "Entwurf erster Lesung" nebst 5 Motivbänden vorgelegt(14), wobei hinsichtlich der familienrechtlichen Regelungen im Zuge des gesamten Gesetzgebungsverfahrens nicht allzu viel geändert wurde(15). Lediglich das Scheidungsrecht wurde immer mehr im Sinne der religiös geprägten konservativen Richtung abgewandelt.

Es wurde also auch in damaliger Zeit das Gesetzgebungsverfahren sehr stark von Gesinnungsfragen beeinflußt; politische "pressure groups" und Interessenverbände nahmen wie heute Einfluß auf die Entstehung des Gesetzes(16), das dann am 1.1.1900 in Kraft trat.

---

gestellt; in Württemberg wurde die bis 1828 bestehende Geschlechtsvormundschaft in ein Schutzverhältnis umgewandelt; vgl. zum Pr.ALR K.H.Schwab , Der Wandel der Ordnung im Familienrecht, in: FS Nüchterlein, S.305 ff.; zur Entwicklung mit Beispielen auch Hermann Lange, Kontinuität und Diskontinuität in der Entwicklung des Familienrechts, in: FS Tübingen, S.355 ff.

(11) Überdies hatte dort die Frau keine elterliche Gewalt über ihre Kinder, sie konnte nicht bürgen und keine Wechsel ausstellen; weitere plastische Beispiele zum Mannesvorrang in der Rechtsentwicklung bei Lange (Fn 10), S.356 ff.

(12) zit. nach Scheffler (Fn 1), S.6; diese Haltung kommt auch in Rousseau's Ansicht zum Ausdruck: La femme est faite spécialément pour plaire à l'homme. Ein Spielzeug hat natürlich keine Rechtspersönlichkeit.

(13) Allerdings war diese nicht einmal in der Arbeiterbewegung als grundsätzliches und wichtiges Ziel anerkannt (zumindest bis 1914), vgl. Lucas, Märzrevolution 1920, Bd.2, 1973,S.82; und die bürgerliche Frauenbewegung verlangte von der beruflich emanzipierten Frau, den Beruf um ihrer mütterlichen Aufgaben willen zurückzustellen, vgl. bei Pfeil, Die Großstadtfamilie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.167

(14) Zunächst hatte eine tiefe Abneigung gegen eine Vereinheitlichung des Zivilrechts bestanden, vgl. Savignys berühmte Streitschrift: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; zur Entstehung des BGB, den einzelnen Entwürfen und Entwicklungsschritten Molitor/Schlosser,Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 1975,S. 84 ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl.,1969, S. 468 f.; Hattenhauer/Buschmann, Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967; zur Kritik an diesem ersten Entwurf vgl. besonders v,Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen

c) Die Familienrechtsregelungen des BGB, die Frau betreffend(17)

Mit Inkrafttreten des BGB war das weibliche Geschlecht als solches in Deutschland in der privaten Geschäftsfähigkeit nicht mehr beschränkt, auch hinsichtlich der Zulassung zum privaten Erwerb ergaben sich keine Beeinträchtigungen mehr.
Ganz anders aber die Rechtsstellung der Frau innerhalb von Ehe und Familie, denn das Familienrecht von 1900 geht von der "natürlichen Stellung des Ehemannes" aus, also seiner gesetzlichen eheherrlichen Autorität; es hatte sich das patriarchalische Eheideal weitgehend durchgesetzt(18).

ca) Die verheiratete Frau wurde offenbar mehr oder weniger als ein Anhängsel ihres Mannes betrachtet und in seine Verfügungsmacht begeben. So bestimmt nach dem BGB der Mann in allen die Ehe und die Kinder betreffenden Angelegenheiten; er allein vertritt die Kinder, er verwaltet das Vermögen, auch das der Frau, und die Einkünfte des Frauenvermögens gehen unmittelbar in sein Eigentum über.
Die Entscheidungsbefugnis des Mannes ergibt sich aus § 1354, der zwar ein Verweigerungsrecht der Frau vorsieht, wenn sich die Entscheidung des Mannes als Mißbrauch seines Rechtes darstellt.

Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 2.Aufl.,1889; und Anton Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl., 1908

(15) Menger (Fn 14), S.41 schrieb zum Familienrecht: "Auch jener Teil des Privatrechts, durch welchen die Fortpflanzung der Menschen und der Wechsel der Generationen geordnet sind, leidet an denselben Gebrechen, wie das Vermögensrecht, indem auch die Rechtsregeln und Rechtsinstitute des Familienrechts vom Standpunkt der Besitzenden aus gedacht und gebildet sind", und von diesem Standpunkt konsequent ist ja auch die Unterdrückung der Frau. Zur Regelung des Familienrechts und ihrer Entstehung im einzelnen Müller-Freienfels, Zur Kodifikation des Familienrechts, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S. 126 ff.

(16) Deutlich war dies zu sehen an der Aufnahme der Regelung des Bienenrechts - §§ 961 ff.; vgl. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III: Sachenrecht, 1899, S.207

(17) Text der fraglichen Normen des BGB v. 1900 im Anhang I

(18) Gernhuber, Neues Familienrecht, 1977, S.7 spricht von der "Sicherheit, mit welcher das Bürgertum seine Grundsätze (Patriarchat, Hausfrauenehe, Verschuldensgrundsatz bei der Ehescheidung) in das BGB trug"; vgl. auch Beitzke, Familienrecht, 17.Aufl., 1974, § 1 III; Marty, Die politische Gleichberechtigung von Mann und Frau nach deutschem und schweizerischem Recht, 1965, S.18; Ramm, JZ 68, 44; auch Lange (Fn10),

Ein solches ist aber von vornherein ohne praktische Relevanz bei der vollständigen wirtschaftlichen Abhängigkeit der Frau, ganz abgesehen von mangelnder Erfahrung im Geschäftsleben und im Verkehr mit Behörden, somit ihrer Scheu, ein solches Verweigerungsrecht gerichtlich durchzusetzen. § 1354 II stellt ein Alibi der Gesetzgebers des BGB dar, die die Abhängigkeit der Frau im Zuge der Zeit und bei durchaus vorhandenen fortschrittlichen Bestrebungen auch im Reichstag nicht mehr allzu deutlich formulieren wollten(19).

Im 2. Halbsatz des Abs.1 des § 1354 wird insbesondere das Recht des Mannes betont, Wohnort und Wohnung zu bestimmen. Wenn auch die wirtschaftlichen Verhältnisse dafür zu sprechen schienen - in vielen Ehen war nur der Mann berufstätig und sein Arbeitsplatz ausschlaggebend(20) -, widerspricht ein solches Eigenbestimmungsrecht des Mannes dennoch der Würde der Frau; die Berücksichtigung ihrer Belange ist ja gar nicht vorgesehen.

cb) § 1355, wonach die Frau bei der Heirat den Familiennamen des Mannes erhält, und zwar ohne jegliche Veränderungs- oder Bestimmungsmöglichkeiten, mag historisch begreifbar sein(21), zu Zeiten des Erlasses des BGB aber war eine solche Vorschrift jedenfalls verfehlt, denn wie Marianne Weber zutreffend feststellte, konnte nicht mehr vorausgesetzt werden, daß "eine geistig voll entwickelte Frau - und von den Ansprüchen solcher an das Eherecht reden wir hier - unter anderem z.B. auch das Opfer ihres Namens

---

S.360, nennt die Kodifikation BGB eine Art Bremsklotz in der Gleichberechtigungsentwicklung.

(19) Interessant hier die Schilderung von Marianne Weber, (Fn 3), S.437, die sehr klar macht, daß in der Tat hinter den vorsichtigen und beinahe nur sachbezogen klingenden Äußerungen eine viel drastischere Aussage steckt, nämlich dies: Der Mann soll herrschen, eben weil er der Mann ist.
Es hatten nämlich die streng patriarchalischen Verfasser für eine Formulierung plädiert, die die Frau direkt zum "Gehorsam" verpflichten sollte, weil nämlich zum Gehorsam im Zweifel auch gehöre, gegen die eigene Einsicht gehorchen zu müssen.
Interessant auch, daß auf z.B. Bebels Forderung nach Formulierung des Grundsatzes der Gleichberechtigung formaljuristisch argumentiert wurde, es könne in einer aus zwei Personen bestehenden Ehe nicht durch Abstimmung entschieden werden, so müsse einem der beiden ein Entscheidungsrecht zugesprochen werden. Außer Diskussion stand hierbei zweifellos, daß dies der Mann sein müsse.

(20) Allerdings darf hier nicht übersehen werden, daß bereits zur damaligen Zeit eine nicht unerhebliche Anzahl von Ehefrauen berufstätig war, was den Hintergrund des Bestimmungsrechts

... als selbstverständlich empfinden" muß[22].
Eine solche Regelung ist deutlicher Ausdruck einer bestimmten autoritären und von männlicher Geschlechtseitelkeit geprägten Geisteshaltung.

cc) In § 1356 war die Hausfrauenehe festgeschrieben - die Ehefrau wurde "berechtigt und verpflichtet", den Haushalt zu leiten, wobei gerade diese Berechtigung von den konservativen Verfassern des BGB schon als besonderer Fortschritt dargestellt wurde.
So wurde erstmals die Tätigkeit der Hausfrau als echter Beruf fingiert[23], die Frau sollte stolz sein auf ihr neues Recht, ein Hang zu womöglich freiwilliger Erwerbstätigkeit einer Frau konnte so abgeschwächt werden[24].
Wenn dann Abs.2 des § 1356 die Frau zur Mitarbeit im Geschäfte des Mannes verpflichtet, soweit es nach den Verhältnissen der Ehegatten üblich ist, so wird dadurch die Verwertung ihrer Arbeitskraft letztendlich in die Verfügung des Mannes gestellt und ihr jedes Selbstbestimmungsrecht verwehrt.

---

des Mannes an diesem Punkt noch deutlicher macht. Es gab immerhin schon 1895 6 578 350 erwerbstätige Frauen, das waren 24,96 % der weiblichen Bevölkerung, vgl. Bebel (Fn 1), S.247; so sagt Boehmer, MDR 50, 386: "Der Gesetzgeber ... (war) mehr rückschauend an den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen der Biedermannszeit als vorschauend an dem "vermaßten" und technisierten Lebensstil der aufsteigenden sozialistischen Gesellschaftsverfassung orientiert";vgl. auch Scheffler, (Fn 5), S.258, die deshalb die meisten Normen des Familienrechts des BGB für bereits bei ihrem Erlaß überholt hält; vgl. zur Entwicklung der weiblichen Erwerbstätigkeit und der daraus resultierenden Gesetzgebung auch de Beauvoir, (Fn 5), S.126 ff.

(21) In Zeiten vollständiger wirtschaftlicher Abhängigkeit war die Frau am Erhalt des Mannesnamens interessiert, der ihre Rechte gegen den Mann dokumentierte. So hatte es ja in altgermanischen Zeiten noch mehrere Nebenfrauen gegeben, sog. Kebsweiber, - man hatte die Verbindung mit Nebenfrauen als sog. Friedelehe sogar institutionalisiert - . Von diesem Ausgangspunkt her ist es verständlich, daß die Hauptfrau durch Erhalt des Namens des Mannes sich in ihrer Position gestärkt fühlte; vgl. zur Entwicklung Weber-Kellermann, Die deutsche Familie, 3.Aufl., 1977, insbes. S.29; Wacke, FamRZ 77, 511; MünchKomm-Wacke § 1355, RdNr 1 - 4

(22) Marianne Weber (Fn 3), S.420, 421; sie hatte schon damals für ein Namenswahlrecht plädiert. Es ist ohnehin sehr bemerkenswert, daß beim Lesen der Kritik von Marianne Weber an den Familienrechtsvorschriften des BGB der Eindruck entsteht, eine Mitarbeiterin an den Vorarbeiten zum 1. EheRG zu hören, so häufig macht sie bereits Vorschläge, die erst jetzt verwirklicht wurden.

cd) Nach § 1357 gilt die Frau als Vertreterin des Mannes(25), als Beauftragte, die eben nicht sich, sondern nur ihn durch Rechtsgeschäfte mit Dritten diesen gegenüber verpflichten kann. Hier zeigt sich die Ungleichberechtigung deutlich, denn zur Gleichberechtigung gehört auch, sich verpflichten zu können(26) - auch innerhalb des häuslichen Wirkungskreises.
Nach Abs.2 hat der Mann das Recht, die Berechtigung seiner Frau einzuschränken oder auszuschließen, wobei dieses Recht nicht aus wirtschaftlichen bzw. sachlichen Kriterien, sondern letztendlich allein aus der autoritären Stellung des Mannes abgeleitet wurde(27). Dieses zeigt sich schon daran, daß der Mann ohne vorherigen Beweis seiner Frau durch eine Anzeige Schmach zufügen darf(28).

ce) § 1358 stellt einerseits ein Zugeständnis dar an wirtschaftliche Erfordernisse, die im Zuge der industriellen Revolution die Frau als außerhäusliche Arbeitskraft unverzichtbar machten(29). Ein Selbstbestimmungsrecht der verheirateten Frau sollte aber dadurch nicht entstehen, so wird dem Mann hinsichtlich einer von ihr eingegangenen Arbeitsverpflichtung ein Kündigungsrecht eingeräumt(30).

---

(23) vgl. Marianne Weber, (Fn 3), S.424

(24) Die Manipulationsmöglichkeiten durch Aufwertung einer bestimmten Tätigkeit durch Verstärkung des gesellschaftlichen Ansehens mit Hilfe von z.B. Romanen bestimmten Inhalts oder, wie hier,einfach Formulierungen, die dann ständig wiederkehren, ist sehr interessant aufgezeigt worden von Betty Friedan (Fn 5);

(25) vgl. z.B. Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch..., 1897, zu § 1357, S.86

(26) vgl. aber Peterseim, FamRZ 56, 170, der das vom Mann unabhängige Vertretungsrecht der Frau als einen Schritt zu deren Gleichstellung mit dem Mann begrüßt, während teilweise in § 1357 I eine ungerechtfertigte Begünstigung der Frau gesehen wurde, vgl. Nachweise ebenda, Fn 23

(27) hierzu Marianne Weber, (Fn 3), S.432

(28) Die Betrachtungsweise der Frau, ihre Einschätzung und Wertung spielt einfach in keiner Hinsicht eine Rolle.
Auch hier wird die Schmach nicht dadurch ausgeräumt, daß die Frau gem. § 1357 II 2 die Beschränkung wieder durch das Vormundschaftsgericht aufheben lassen kann. Wie bereits bemerkt, ist ein solches Recht der Frau bei der mangelnden Gewandtheit im Umgang mit Behörden praktisch bedeutungslos.

(29) Auch damals schon waren die Frauen das, was man heute die "industrielle Reservearmee" zu nennen pflegt.

(30) Zwar war Voraussetzung des Kündigungsrechts die Beeinträchtigung der "ehelichen Interessen", aber aus dem ehemännli-

cf) Im Scheidungsrecht ist - das ergeben vor allem die Motive - als Tendenz zu erkennen, daß es den Gesetzgebern des BGB ganz eindeutig darum ging, die Scheidung zu erschweren(31).
Es wurde zwar eine Zerrüttung einer Ehe für möglich gehalten, die einen Scheidungsgrund aber nur darstellt, wenn sie durch Verschulden herbeigeführt war (§ 1568)(32). Zu unterscheiden sind "absolute" und "relative" Scheidungsgründe. Die absoluten: Ehebruch, Bigamie, widernatürliche Unzucht, Lebensnachstellung, böswilliges Verlassen (§§ 1565, 1566, 1567),geben dem unschuldigen Gatten das Recht auf Scheidung unbedingt, also unabhängig von ihrer Wirkung auf das gegenseitige, subjektive Empfinden.
Die Erschwerung der Scheidung ergibt sich besonders aus den verschiedenen Fristen, die einzuhalten sind (z.B. § 1571), dann auch durch die Vorschrift des § 1570, wonach das Scheidungsrecht in den Fällen der §§ 1565 bis 1568 durch Verzeihung entfällt. Hierbei ist nämlich an die doch sehr häufig durch "Gehorsam" geprägte Haltung vieler Frauen zu denken, die vermutlich leicht zu Aktionen führen konnte, die als Verzeihung gedeutet werden konnten(33).
Hier wurde aber nicht nur die Frau, sondern letztendlich auch der Mann der Institution Ehe unterworfen, die der christlichen

---

chen Alleinentscheidungs- und Bestimmungsrecht in jeder Hinsicht ergibt sich zwangsläufig, daß auch hier allein seine Betrachtungsweise den Ausschlag gab.
Um diese Norm hatte es übrigens doch leidenschaftliche Kämpfe gegeben. Ihre erste Fassung hatte nämlich sogar die Einwilligung des Ehemannes bei der Eingehung von z.B. Arbeitsverträgen vorausgesetzt, wobei an keinerlei Ausnahme von dieser Regel gedacht war, Motive, S.112

(31) Dörner, (Fn 8), S.111 macht darauf aufmerksam, daß Scheidungserschwerung trotz der infolge der Industrialisierung verinnerlichten und damit zerbrechlicher gewordenen Ehe erfolgte; also keine Anpassung des Rechts an gesellschaftliche Entwicklungen, sondern Versuch der Sicherung der bürgerlichen Ehe.

(32) Natürlich war bei einer derartigen Regelung die Übernahme der Schuld von den Ehegatten, die sich hinsichtlich ihrer Scheidungsabsicht einig waren, relativ leicht zu fingieren, wenn nur jeder seinen Part vor Gericht überzeugend genug übernahm und genug Geld für einen geschickten Anwalt vorhanden war. So haben dann gerade die Kreise, die durch ihre vordergründige moralische und christlich/ethische Haltung zu einer restriktiven Regelung des Scheidungsrechts beigetragen haben, nämlich die bürgerlichen Kreise, die Möglichkeit einer Konventionalscheidung, die den besitzlosen Klassen mangels finanzieller Möglichkeiten verwehrt bleibt.

(33) Die totale Abhängigkeit der Frau im Eherecht schlug voll ins Scheidungsrecht durch. So war es der Frau z.B. faktisch un-

Gesamtauffassung des deutschen Volkes entsprechend, ... als eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige, sittliche und rechtliche Ordnung anzusehen und ihrem Begriff und Wesen nach unauflöslich sei"(34). Der Staat müsse die Stabilität der Ehen im Interesse der Kindererziehung und der sittlichen Bewertung der Frau befördern(35).
Während das BGB als so bedeutende und umfassende Kodifikation nur schüchtern und zaghaft abgeändert wurde, sind gerade auf dem Gebiet des Familienrechts doch einige Neuerungen erfolgt(36). Zunächst ist aber kurz auf das Verfassungsrecht einzugehen.

2.) Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Verfassung

a) In der Weimarer Reichsverfassung

Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, das sich seit der Französischen Revolution in zahlreichen Staatsverfassungen der Welt findet, war auch dem deutschen Verfassungsrecht nicht neu(37), allerdings war es eine echte Neuerung, daß in der Verfassung der Weimarer Republik vom 11.8.1919 der Gedanke nicht nur der Gleichheit vor dem Gesetz, sondern insbesondere der Gleichberechtigung von Mann und Frau in mehreren Artikeln Ausdruck fand(38).
Der entscheidende Schritt erfolgte jedoch auf dem Gebiet der politischen Gleichberechtigung und nicht im Bereich von Ehe und

---

möglich, von ihrem Mann getrennt zu leben aufgrund des Güterstandes, der sie finanziell vollständig ihrem Mann auslieferte. Und die für die Frau ungünstige Situation ergab sich unabhängig davon, ob sie ihren Mann verlassen hatte oder er sie; ausführlich hierzu Marianne Weber (Fn 3), S. 550

(34) Motive IV, S.562, 563; hier wird auch der Einfluß der Kirche auf diese Gesetzgebung spürbar. Die Durchsetzung ihrer Maximen ohne staatliche Hilfe fiel der Kirche wohl immer schwerer; dabei bleibt es ja streng gläubigen Menschen unbenommen, trotz Vorliegens von Scheidungsmöglichkeiten an der Ehe festzuhalten; vgl. zum Ringen der Kirche um Einflußnahme im Bereich von Ehe und Familie Weber-Kellermann (Fn 21), S.51 ff.; allgemein zum Verhältnis von Familie und Religion, Dölle, Familienrecht, S.20 ff.

(35) Motive.IV, S.563; typisches Beispiel für angeblich frauenfreundliche Argumentation, die der "Würde" der Frau Schutz gibt, nachdem sie so abhängig gemacht wurde, daß sie sich nicht selbst schützen kann; im übrigen sollte ja damals die Frau schon dem Mann in der Ehe gleichgestellt sein, vgl. Motive IV, S.582

(36) So wurde 1938 ein gesondertes Ehegesetz erlassen, das das

Familie, was sich daraus ergab, daß die Veränderung der Lage der Frau durch die Notwendigkeit ihres Einsatzes im öffentlichen Leben und der Produktion bewirkt worden war, nämlich durch das Fortschreiten der Industrialisierung und den kriegsbedingten Männermangel(39).

Zunächst war am 30.Nov.1918 den Frauen das Wahlrecht verliehen worden(40), und Art.109 I WRV stellte alle Deutschen vor dem Gesetz gleich, also alle deutschen Männer und Frauen(41). Art.109II ordnete für Männer und Frauen gleiche staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten an, allerdings nur "grundsätzlich", weswegen seine Bedeutung während der Geltungsdauer der WRV nie völlig geklärt wurde(42).

Die verfassunggebende Nationalversammlung, die sich vorwiegend aus Vertretern der traditionellen bürgerlichen Parteien zusammensetzte, lehnte eine Ausdehnung der Verwirklichung des Gleichberechtigungsgedankens auf den privatrechtlichen Bereich ausdrücklich ab(43). Dennoch waren die Bestrebungen in dieser Richtung nicht mehr ganz zu unterdrücken, sodaß in Art. 119 I 2 für die Ehe bestimmt wurde, sie solle auf der Gleichberechtigung der Geschlechter beruhen(44).

Recht der Eheschließung sowie der Scheidung aus dem BGB ausgliederte und auch inhaltlich stark änderte. Dieses Ehegesetz wurde durch das Kontrollratsgesetz Nr.16 von 1946 neu in Kraft gesetzt, abgesehen von den Normen mit spezifisch nationalsozialistischem Gedankengut. Die Normen des Ehegesetze 1946 stehen im Anhang II
Es folgten das GlBerG v.1957 und das FamRÄndG v. 1961. 1969 wurde das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder erlassen, und als wohl gravierendste Änderung auf dem Gebiet des Familienrechts ist jetzt das 1. EheRG v. 1976 anzusehen, das auch das Scheidungsrecht wieder in das Bürgerliche Gesetzbuch zurückgegliedert hat, vgl. Molitor/Schlosser (Fn 14), S.92; übrigens zur Entwicklung in der DDR MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr 175 ff.

(37) So hieß es z.B. in der Frankfurter Verfassung in § 137 III: "Die Deutschen sind vor dem Gesetz gleich". In der Preußischen Verfassung vom 31.1.1850 war in Art.4 zu lesen: "Alle Preußen sind vor dem Gesetz gleich", aber die Verfassung des Deutschen Kaiserreiches von 1871 enthielt darüber nichts.

(38) Text der Verfassungsartikel im Anhang III

(39) vgl. z.B. Theweleit, Männerphantasien, Bd.1, 1977, S.185; zum ganzen auch Scheffler, (Fn 1), S.10 ff.

(40) vgl. die Verordnung über die Wahlen zur verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung vom 30.November 1919 (RGBl. S. 1345); zur Entwicklung des Wahlrechts im einzelnen Martz (Fn 18), S.5 f. und zu dessen Bedeutung Scheffler, (Fn 1), S.10 ff.

In dieser Forderung war aber lediglich ein Programmsatz, ein guter Vorsatz, zu sehen, da sie dem Familienrecht des BGB und seinem Alleinentscheidungsrecht des Mannes vollständig widersprach. Die Unvereinbarkeit eines Reichsgesetzes mit dem Reichsverfassungsrecht konnte nicht unmittelbar geltend gemacht werden(45), und für eine Änderung dieses Rechts reichte die Zeit der Weimarer Republik nicht mehr aus. Die fortschrittlichen Ansätze der WRV im privatrechtlichen Bereich konnten also nicht mehr durchgesetzt werden, es sind aber in jener Zeit wichtige Vorarbeiten für spätere Änderungen geleistet worden(46).

b) Die Regelung des Bonner Grundgesetzes(47)

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949 regelt die Gleichberechtigung der Geschlechter in mehrfacher Hinsicht umfassender als die WRV. Zwar ist in Art.3 I der allgemeine Gleichheitssatz enthalten, der sich auch schon in der WRV fand; es sind aber darüber hinaus in den Abs.2 und 3 besondere persönliche Gleichheitssätze formuliert, wobei sich Verstärkungen daraus ergeben, daß Art.3 GG die Gleichberechtigung nicht

---

(41) In den Einzelheiten war vieles umstritten, insbes. ob die Gleichheitsforderung auch den Gesetzgeber binden sollte, vgl. hierzu JöR NF 1, S.66; v. Mangoldt,AöR 75, 281 und Aldag, Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung, 1925, S.56

(42) vgl. Marty (Fn 18), S.9; Binder-Wehberg, Ungleichbehandlung von Mann und Frau, 1970, S.11; Aldag (Fn 41), S.74. Neben Art.109 wurde noch in Art.128 die Beseitigung aller Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte angeordnet; Art. 128 Abs.2 ist eine Ergänzung zu Art.109 II auf dem Gebiet des Beamtenrechts, also auch noch im staatsbürgerlichen Bereich; vgl. hierzu RGZ 102, 145 ff.; 106, 155 ff.; 110, 189 ff.;es wurden dann im Anschluß verschiedentliche Gesetzesänderungen vorgenommen

(43) vgl. Marty (Fn 18), S.8 m.w.N.

(44) zur Entstehung dieses Verfassungssatzes im einzelnen siehe D.Schwab, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: FS Bosch, S.893 ff., insbes. 905 f.

(45) vgl. Aldag, (Fn 41), S.79

(46) Besonders bedeutsam für die spätere Arbeit wurden die Verhandlungen der Juristentage aus dieser Zeit; zum Ganzen auch kurz Dölle, Familienrecht, S.25. Der Nationalsozialismus, der sich an die Weimarer Republik anschloß, bemächtigte sich der Familie besonders skrupellos und brachte für die Stellung der Frau wieder gravierende Verschlechterungen. Dieser Bereich kann aber ausgespart werden, weil die späte-

mehr nur "grundsätzlich" anordnet, sondern absolut. Er beschränkt die Gleichberechtigung nicht auf die politischen, staatsbürgerlichen Rechte, sondern geht von der Gleichberechtigung von Mann und Frau in allen Bereichen, insbesondere auch im Familien- und Arbeitsrecht aus(48), und es handelt sich bei den Aussagen des Art.3 nicht um Programmsätze, sondern um unmittelbar geltendes Verfassungsrecht, wenn auch für Art.3 II mit der Überleitungsfrist des Art.117 I GG.
Allerdings ist die Bedeutung des Art.3 und seiner Absätze im einzelnen nicht immer ganz klar(49), denn bei der Ausformulierung führten die unterschiedlichen Meinungen, die zum Gleichheitssatz in der Weimarer Reichsverfassung bestanden hatten, zu Problemen, zumal man streitentscheidend formulieren wollte(50).

ba) Art.3 I ist nach Maunz "nicht nur ein demokratisches Recht der Bürger im Staate, sondern auch ein Menschenrecht vorstaatlichen Charakters"(51) oder nach Ipsen ein "wesentliches Element der rechtsstaatlichen Ordnung, wie das Grundgesetz sie versteht"(52).

---

re Entwicklung, also zunächst das Bonner Grundgesetz an Gedankengut und verfassungsrechtliche Erfahrungen der Weimarer Republik anknüpfte; vgl. aber zur Funktion der Familie im Dritten Reich: Theveleit, Männerphantasien, Bd.2, 1978, S. 288 ff.; zur Stellung der Frau im Faschismus: Macciocchi, Jungfrauen, Mütter und ein Führer, 1976.

(47) Text der hier relevanten Verfassungsartikel im Anhang IV

(48) Zunächst war für Abs.2 wieder eine Fassung vorgeschlagen worden, die sich auf den staatsbürgerlichen Bereich beschränkte, aber dann setzte sich die Ansicht durch, die Gleichberechtigung endlich auf alle Rechtsgebiete ausdehnen zu müssen, um einen grundsätzlichen Wandel in der Stellung der Frau zu erreichen. Man hielt es für selbstverständlich, weiter gehen zu müssen als in Weimar, vgl. die Abgeordnete Fr.Dr.Selbert (SPD) in JÖR NF 1, S.70; auch v. Mangoldt, AöR 75, 281 f., der Abs.2 eine Wiederholung des Abs.3 nennt, gemacht, um die zivilrechtliche Gleichstellung zu verdeutlichen.Dürig aber, JZ 53, 740 bestreitet das Bestreben des Art.3 II, Gleichberechtigung in der Familie verwirklichen zu wollen, hält es zumindest für sekundär hinter der Hilfe für vom Krieg zur Ehelosigkeit gezwungene Frauen.

(49) vgl. z.B. Gernhuber, Familienrecht, S.45; bei den Verfassungsgebern selbst herrschte zu Anfang Unklarheit über die Bedeutung, die man dem Gleichheitssatz beimessen wollte; man hatte räumliche Stellung und Wortlaut äußerst häufig verändert; zur Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, insbes.Art.3: JÖR NF 1; v.Mangoldt, AöR 75, 275, 282;

(50) JÖR NF 1, S.66; für das Verhältnis der einzelnen Absätze zueinander läßt sich durch die verschiedenartigen Diskussionsbeiträge und die unterschiedlichen Motivationen der Bearbeiter aus der Entstehung des Art.3 keine abschließende Aussage

Wichtig ist hierbei, daß entgegen dem Wortlaut "vor dem Gesetz" nicht nur vollziehende Gewalt und Rechtsprechung durch Art.3 I gebunden sind, sondern auch die gesetzgebende Gewalt; es wird also nicht nur Rechtsanvendungs-, sondern auch Rechtssetzungsgleichheit gewährleistet(53).

Den Sinngehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes erkennt am zutreffendsten Arndt: "So ist der allgemeine Gleichheitssatz das Urverbot, von Staats wegen zu beurteilen, wer Mensch ist, und davon abgeleitet, welchem Menschen mehr an Wert zukommt als einem anderen"(54), aber am häufigsten wird der Wertung von Gerhard Leibholz gefolgt, die er für den allgemeinen Gleichheitssatz der WRV traf. Er definierte ihn als "Willkürverbot", was mit dem Gebot verbunden war, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln(55).

bb) Diese Definition trägt auch sehr stark zum Verständnis von Art.3 II bei. Einerseits wird dadurch gewährleistet, Verschiedenes auch verschieden behandeln zu können, andererseits macht gerade diese Definition die eigenständige Bedeutung des Abs.2 klar, denn bei Mann und Frau besteht die Gefahr, sie von vornherein als "wesentlich Ungleiches" zu werten und deshalb auch ungleich zu behandeln, zu berechtigen und verpflichten.

So wird auch klar, daß man Art.3 II nicht gerecht wird, wenn man ihn nur eine "Konkretisierung" der "Generalklausel" des Abs.1 nennt, einen "Unterfall", gar eine bloße "Wiederholung" dessen,

---

machen, daher die bis heute bestehende Verschiedenheit der Auslegung, vgl. JöR NF 1, S.70

(51) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 18.Aufl., 1971, § 16 I 1

(52) Ipsen, Gleichheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd.II, 2. Aufl., 1968, S.164; nach Maunz-Dürig Art. 3 I RdNr. 3 grift Art. 3 I im Wertsystem der Grundrechte das Grundthema der Verfassung auf, also die konkrete Vorstellung vom Menschen und den unabdingbaren Notwendigkeiten seiner Existenz.

(53) Damit wurde eine Streitfrage der WRV durch die Verfassungsgeber des Grundgesetzes entschieden; vgl. Marty (Fn 18), S. 22; Maunz (Fn 51), § 16 I 1; Ipsen, (Fn 52), S.143

(54) Adolf Arndt, Gedanken zum Gleichheitssatz, in: FS Leibholz, Bd.2, 1966, S. 183

(55) in seiner Schrift: Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925; vgl. auch Luhmann, Öffentlichrechtliche Entschädigung, rechtspolitisch betrachtet, 1965, S.55, der sagt: "Die Formel von der 'Gleichheit vor dem Gesetz' gebietet, von der Gleichheit aller Menschen auszugehen und daher jede Ungleichheit zu begründen".

was schon Abs.1 aussage, eine "Ausprägung" von Abs.1, man redet von einem "Mutter-Tochter-Verhältnis", wogegen sich aber viele Autoren zurecht wehren(56).

Auch Dölle betont, daß Art.3 II selbständige Bedeutung neben dem Gleichheitssatz des Abs.1 haben müsse, weil das Willkürverbot des Abs.1 eine ungenügende Begrenzung darstellen würde(57), und ein ähnlicher Ansatz hat wohl Dürig zu seiner Sicht des Problems gebracht, der viele Autoren gefolgt sind: "... Der allgemeine Gleichheitssatz würde mit dem Geschlechtsunterschied begründete Differenzierungen bis zur Willkürgrenze g e n e r e l l g e s t a t t e n ; der Gleichberechtigungsgrundsatz des Art.3 II aber v e r b i e t e t g e n e r e l l alle mit dem Geschlechtsunterschied begründeten Differenzierungen, bis die Negierung des Geschlechtsunterschiedes ihrerseits wieder an die Willkürgrenze stößt. In dieser völligen Umkehr der Ermessensrichtung liegt die Bedeutung des Abs.2 gegenüber dem Abs.1"(58). Art.3 II stellt sich somit als absolutes Differenzierungsverbot dar(59), als Verbot, nach dem Vergleichspaar Mann/Frau zu differenzieren.

Wenn danach als Anliegen des Art.3 II immer wieder formuliert wird, dies läge in der rechtlichen Anhebung der Frau auf den Stand des Mannes(60), so erscheint dies als zu wenig, schon weil eine Verfassung nicht nur zukunftweisend sein, sondern in der Zukunft Geltung und Wirksamkeit haben soll(61).

---

(56) z.B. weist Ridder, Männer und Frauen sind gleichberechtigt, in: FS Leibholz, Bd.2 1966, S.225 ff. darauf hin, daß die besonderen Gleichheitssätze historisch vor dem allgemeinen Gleichheitssatz da waren; schon deshalb müsse Abs.2 eigenständige Bedeutung zukommen; vgl. auch Schnapp, JR 74, 317; auch Ramm, Grundgesetz und Eherecht,1972, S.7 plädiert für einen selbständigen Gehalt aller drei Absätze; vgl. auch Leibholz/Rinck Art.3, Anm. 31; in der Tat wäre aber auch schon nach Abs.1 eine rechtliche Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts prinzipiell willkürlich, vgl. Maunz-Dürig Art. 3 II RdNr.2, aber die Grenzen des Abs.II sind wesentlich enger, RdNr. 4 f.

(57) Dölle, Familienrecht, S.30

(58) Dürig, FamRZ 54, 2; ähnlich OLG Bamberg, FamRZ 57, 260; das bejaht auch Ramm, (Fn 56), S.8, allerdings mit einem anderen Verständnis von Art.3 III; vgl. einen kurzen Abriß der Problematik auch bei Bachof, FamRZ 56, 399; Knöpfel, NJW 60, 557; Marty, (Fn 18), S.26; Binder-Wehberg, (Fn 42), S.26

(59) Gernhuber, Familienrecht, S.46; MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr 56; MünchKomm-Wacke § 1300 RdNr 5; Maunz-Dürig,Art.3 II, RdNr.1 ff.

Wenn des weiteren immer wieder befürchtet wird, es werde Gleichmacherei angestrebt(62), dabei müsse die Gleich w e r t i g k e i t der Geschlechter anerkannt werden, die die Andersartigkeit voraussetzt und akzeptiert(63), so ist dies zweifellos sichergestellt, aber es ist darauf zu bestehen, daß man es mit dieser "Andersartigkeit" sehr genau zu nehmen hat.

bc) Fest steht, daß Geschlechtsunterschiede momentan bestehen. Wie Schwarzer sagt: "Frauen und Männer fühlen unterschiedlich, denken unterschiedlich, bewegen sich unterschiedlich, arbeiten unterschiedlich, leben unterschiedlich"(64). Fraglich ist nur, welche dieser Unterschiede auch eine unterschiedliche rechtliche Bewertung rechtfertigen, weil ihre Nichtberücksichtigung Willkür wäre.
Immer wieder wird der Sorge Ausdruck verliehen, es könnten zu wenige Unterschiede berücksichtigt werden(65), und immer wieder werden Differenzierungsmerkmale für rechtlich relevant gehalten, die nicht akzeptiert werden können, so z.B. rein traditionsgebundene Gegebenheiten ("es war schon immer so"), funktionale Unterschiede wie Eignung und Neigung zur Hausarbeit, gesetzlich festgelegte Funktionsteilung oder tatsächliche Funktionsteilung bei Männern und Frauen und auch psychische Unterschiedlichkeiten(66).

---

(60) vgl. z.B. Ramm, (Fn 56), S.9 f.; auch mehrfach in den Diskussionen vor Entstehung des Art.3 II; BAG, NJW 54, 302; Dürig, FamRZ 54, 3; Ramm, JZ 68, 42 f.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.3, Rdn 37

(61) Diese Zukunftsgerichtetheit betonen auch Leibholz/Rinck, Art.3, Anm. 31; BVerfGE 15, 345

(62) Beitzke (Fn 1), S.17; Maunz-Dürig Art.3 II,RdNr.11 weist diesen Vorwurf als vom falschen Ausgangspunkt gedacht zurück; auch nach Ridder,(Fn 56), S.227 besteht diese Gefahr gar nicht: der Gleichheitssatz sei nicht zu lösen vom sozialen Stoff, sodaß es immer nur um Gleichbehandlung von tatsächlich Gleichwertigem gehen kann; zu dieser Gleichwertigkeit auch Mead, Mann und Weib, gek.Ausgabe 1977,S. 75; vgl. aber bei Knöpfel, NJW 60, 553 f.; Ramm, JZ 68, 42

(63) Knöpfel, NJW 60, 556; Beitzke, Gleichheit von Mann und Frau, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd.II,1954, S.209; ders. (Fn 1), S.18; Fr.Dr.Selbert (SPD) in: JöR NF 1, S.72; Marty, (Fn 18), S.20; vgl. Maunz-Dürig, Art.3 II, RdNr. 12; hierzu aber kritisch und differenzierter v.Mangoldt/Klein, Art.3, Anm. IV 6; kritisch auch zu der Formel von der "Gleichheit unter Wahrung des Unterschiedes" de Beauvoir, (Fn 5), S.16 f.; auch Gernhuber, Familienrecht, S.45 hält diese Formulierung für zu konturenlos und geeignet, konservativen Tendenzen zu dienen; vgl. Dölle , Familienrecht, S.31

Nach Friedelind Binder-Wehberg sind biologische Verschiedenheiten von Mann und Frau zu berücksichtigen(67), funktionale Unterschiede, soweit sie bei Müttern bzw. Vätern vorliegen, also eine Funktionalität, die an sich auf biologischen Gegebenheiten beruht(68), auch dies ist aber noch zu weitgehend.
Bis auf die im Endergebnis wirklich minimalen Geschlechtsunterschiede, d.h. den unterschiedlichen Beitrag zur Fortpflanzung, sind eben Mann und Frau gleich, im Sinne von gleichwertig, weswegen nicht andere als biologische Differenzierungsmerkmale konstruiert werden dürfen(69).
Die restlichen Verschiedenheiten, die momentan bestehen, sind nicht geschaffen durch die Natur, sondern von Erziehung, Kultur und Sozialisation, Bereichen also, die nicht nur veränderbar sind, sondern deren Veränderung im Hinblick auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau auch Ziel sein muß. Eine Berücksichtigung solcher Kriterien ist allerhöchstens noch als Übergangslösung zu akzeptieren(70).

---

(64) Schwarzer, Der "kleine Unterschied" und seine großen Folgen, 1977, S.179 f.

(65) vgl. z.B. Krauss, FamRZ 54, 62; Hübner, Gleiche Rechte für Mann und Frau, in: Bader (Hrsg.),Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, 1950, S.45 f.; Beitzke, (Fn 63), S.228;Bosch, FamRZ 57, 193; Saller (Fn 2), S.61; Knöpfel,NJW 60, 557,der aber auch sagt, daß die Verschiedenheit objektiv und zweifelsfrei festehen müsse.

(66) vgl. die Zusammenstellung bei Binder-Wehberg, (Fn 42), S.39; grds. hierzu auch BVerfGE 6, 398 (422 f.)

(67) Binder-Wehberg, (Fn 42), S.38; sie unterscheidet allerdings noch zwischen eingeschlechtlichen Merkmalen, die eine Differenzierung immer rechtfertigen, und beidgeschlechtlichen, die "eigenartgemäß" sein müssen. Von den "übergreifenden verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen", die auch oft herangezogen werden, akzeptiert sie nur Art. 12 a GG, vgl. S.55

(68) Binder-Wehberg, (Fn 42), S.51; so auch Maunz-Dürig, Art.3 II, RdNr. 14, 16;vgl. zu den funktionalen Unterschieden, die meist als Differenzierungsmerkmal anerkannt werden, auch BVerfGE 3, 225 (241, 242) und Peterseim, FamRZ 56, 171 m.w. N.; Gernhuber, Familienrecht, S.48 hält die Anerkennung funktionaler Unterschiede durch das BVerfG für "kaum verschleierte Einbruchstellen konservativen Denkens". Funktionale Unterschiede bejahen: Wilhelm, FamRZ 63, 331; Schneider,JZ 53, 591; Esser, JZ 53, 524; BVerfG, NJW 78, 2289;Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.3, Rdn 37; in Grenzen MünchKomm-Rebmann Einl. RdNr 56; von "naturgegebenen" Unterschieden ging noch aus OLG Bamberg, FamRZ 57, 261, was aber nicht nur biologisch gemeint war.

(69) so auch Röhricht, Der evangelische Entwurf der Ehe im 20. Jahrhundert, in: Ruthe (Hrsg.), Ist die Ehe überholt? 1972,

Auch hinsichtlich der biologischen Differenzierungsmerkmale ist noch äußerste Vorsicht geboten, damit sich nicht allerhand "Eigenschaften" einschleichen, die in Wirklichkeit mit den biologischen physiologischen Anlagen gar nichts zu tun haben(71).
Nach allem ist also der Gleichberechtigungsgrundsatz des Art.3 II so absolut zu nehmen, daß klar wird, er gilt auch zugunsten des Mannes(72), und Gleichberechtigung heißt auch Gleichverpflichtung(73).

bd) Der Abs.3 des Art.3 wird ebenso wie Abs.2 häufig als Konkretisierung und Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes angesehen(74), ohne der Erwähnung des "Geschlechtes" in Abs.3 eine selbständige Bedeutung beizumessen(75).
Allerdings erfüllt diese Aufzählung zumindest eine Klarstellungsfunktion: es kommt nämlich erneut ganz klar zum Ausdruck, daß

S.143; Wolf, JZ 74, 18; vgl. auch die einschränkende Bewertung bei Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf,FamRZ 70, 434.

(70) vgl. auch Kropholler, Gleichberechtigung durch Richterrecht, 1975, S.16; Gernhuber, Familienrecht, S.48; a.A. z.B. Habscheid in: Staatslexikon, Sp. 975; vgl. aber Schwarzer,(Fn 64), S.179: "Nicht Penis u nd Uterus machen uns zu Männern und Frauen, sondern Macht und Ohnmacht".

(71) so z.B. Saller, (Fn 2), S.58 ff.; vgl. aber die Entwicklungsgeschichte bei Morgan, Der Mythos vom schwachen Geschlecht. Wie die Frauen wurden, was sie sind, 1975, S.190, die über die Gebärfähigkeit hinaus noch auf andere hormonelle, also biologische Unterschiede hinweist; aber Scheu, Wir werden nicht als Mädchen geboren, - wir werden dazu gemacht, 1978, S.8 , 13: "Menschen sind soziale Wesen, ihre Biologie ist heute vor allem Vorwand zur Zuweisung einer Geschlechtsidentität"; Gernhuber, Familienrecht, S.47 konstruiert, um differenzieren zu können, sog. "Annäherungsverte" bei Schutzbestimmungen für "Schwache", die dann sozusagen der Einfachheit halber Frauen genannt werden .

(72) Nach Ansicht von Ramm, (Fn 56), S.9, bleiben Privilegierungen der Frau von Art.3 II unberührt, was m.E. sinnwidrig ist, vgl. aber Binder-Wehberg, (Fn 42), S.25; Bosch, FamRZ 58, 81 arbeitet mit qualitativer Gesamtgleichberechtigung im Gegensatz zur quantitativen Stückgleichberechtigung

(73) so z.B. Dölle, Familienrecht, S.31

(74) z.B. von Dürig, FamRZ 54, 2; a.A. Ridder, (Fn 56),S.225 f.

(75) dies erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte, wonach die Erwähnung des Geschlechts in Abs.3 zunächst notwendig war, weil Abs.2 auf staatsbürgerliche Rechte beschränkt bleiben sollte. Nach dessen Erweiterung blieb Abs.3 einfach wie geplant stehen; vgl. hierzu Marty, (Fn 18), S.21; Knöpfel, NJW 60, 556; MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr 54; eine unterschiedliche Einschätzung des Verhältnisses von Art.3 II zu Abs.3 trifft Ramm (Fn 56), S.7 und 9; Maunz-Dürig, Art.3 III, RdNr.4: reine Tautologie.

eine Sonderbehandlung nicht ihre Ursache im Geschlecht haben darf[76]. Da hieraus aber noch nicht klar wird, inwieweit Differenzierungen doch möglich sind, zeigt sich so gleichzeitig nochmals die eigenständige Bedeutung von Art.3 II als absolutes Differenzierungsverbot.

3.) Das GlBerG von 1957 als Verwirklichung des Verfassungsauftrages[77]

Das Bonner GG machte also die Ausrichtung der Rechtsordnung an der Forderung des Art.3 II notwendig, die im Familienrecht durch das GlBerG v. 1957 vollzogen werden sollte.

a) Zunächst entstand jedoch eine außergewöhnliche Rechtslage: Der Gesetzgeber hatte die Überleitungsfrist des Art.117 I GG ungenutzt verstreichen lassen, sodaß v. 1.4.1953 bis zum 1.7.1958 die Richter gezwungen waren, ihrerseits das Familienrecht dem Art.3 II GG anzupassen.
Es fehlte den Gerichten an Erfahrungen mit einer solchen Situation[78], und die Diskussionen bei Entstehung des Art.3 ergaben für viele Fragen keinerlei Anhaltspunkte[79].

---

(76) vgl. Binder-Wehberg, (Fn 42), S.27 f.; Knöpfel, NJW 60, 556; BVerfGE 2, 266 (268); Schnapp, JR 74, 317; Maunz-Dürig, Art. 3 III,RdNr. 4 sieht das dort wegen der Verbotsfassung sogar noch klarer verwirklicht.

(77) Normen des GlBerG im Anhang V.

(78) Deshalb wurde zum Teil überhaupt das Inkrafttreten des Art. 3 II GG mit Hinweis auf die fehlende Gesetzgebung bestritten, vgl. die zahlreichen Hinweise bei Beitzke (Fn 63), S.205; Ramm, JZ 68, 41; Dölle, Familienrecht, S.27 und ders., JZ 53, 353 ff.; Schneider, JZ 53, 590; auch wurde Art. 117 für verfassungswidrig gehalten, vgl. bei Lüke, Die persönlichen Ehewirkungen und die Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe- und Familienrecht, in: FS Bosch, S.627 f.; insbes. Scheld, JZ 53, 450 erwartete in dieser Situation Zerstörung und Chaos. Übrigens führte die DDR die Gleichberechtigung direkt ein - ohne gleichzeitige Gesetzesänderung, was eine erhebliche Rechtsunsicherheit bewirkte, vgl. MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr.179 m.w.N. vgl. in der hiesigen Situation auch Vorwort zu Siebert-Vogel , der als Kommentar die Rechtsprechung unterstützen wollte.

(79) vgl. v. Mangoldt, AöR 75, 282; Dölle, JZ 53, 355; Esser, JZ 53,526 sah z.B. ein Hauptproblem darin, daß das Prinzip des Art.3 II nicht am Ende einer Entwicklung stand, deren praktische Ergebnisse es zusammenfassen konnte, sondern am Anfang, quasi nicht als juristisches Prinzip, sondern als Postulat.

Die Rechtsprechung dieser Zeit fiel denn auch sehr unterschiedlich aus und wurde entsprechend unterschiedlich bewertet(80); jedenfalls leistete diese Rechtsprechung wesentliche Vorarbeiten für die Erstellung des GlBerG und ging in diversen Entscheidungen hinsichtlich der Verwirklichung der Gleichberechtigung weit über das hinaus, was letztendlich Gesetz wurde - oft wurden Lösungen gewählt, die erst jetzt Gesetz werden konnten(81).

b) Das Recht der allgemeinen Ehewirkungen nach dem GlBerG(82) wird im folgenden kurz skizziert(83), und zwar kritisch, schon aufgrund der Einschätzung von Bosch, durch das GlBerG sei keine fundamentale Änderung des Eherechts erfolgt(84), was ja sehr bedeutsam ist, wenn man an die konsequent patriarchalische Regelung des BGB von 1900 denkt.

ba) § 1353, der die grundsätzliche Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft ausspricht, wurde durch das GlBerG nicht unmittelbar verändert aber durch die Neufassung anderer Normen modifiziert, die eine neue Interpretation der Generalklausel bedingen. Es werden z.B. häufig Rechte und Pflichten dort aufgefan-

---

(80) vgl. bei Heusinger, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975, S.67 ff.; Scheffler, (Fn 1), S.19 f.; dies. (Fn 5), S.277, und vor allem die Zusammenstellung der Meinungen bei Kropholler, (Fn 70), S.8 ff.

(81) vgl. die Nachweise bei Kropholler, (Fn 70), S.21, 25, 27; auch bei Bosch, FamRZ 58, 81.
Und nicht nur durch die Rechtsprechung, auch im Schrifttum wurden Forderungen gestellt, die erst jetzt normiert wurden, so z.B. zur Schlüsselgewalt, Beitzke, (Fn 1), S.39

(82) Die Beratungen zum GlBerG gestalteten sich als ungemein schwierig; der Entwurf der SPD strebte eine kompromißlose Verwirklichung der Gleichberechtigung an, die damalige Bundesregierung bemühte sich, Kompromisse zu finden, und zwar wurde weniger um die schwierigen rechtlichen Probleme diskutiert als um Vorschriften mit weltanschaulichem Hintergrund. Letztendlich kam das Gesetz einstimmig zustande, die SPD verzichtete auf ihren Entwurf, vgl. zum Ganzen Massfeller-Reinicke, Das GlBerG mit Erläuterungen, 1958, S. III ff.; Dölle, Familienrecht, S.28; Ramm, (Fn 56), S.11; Zweigert, JZ 53, 248;

(83) die Änderungen im Überblick bei Dölle, Familienrecht, S.29; die wohl wesentlichste Veränderung lag auf dem Gebiet des Güterrechts, nämlich in der Einführung der Zugewinngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand, worin ein wirklicher Fortschritt für die Gleichberechtigung der Geschlechter lag und ein erster Schritt zur sozialen Sicherung der Hausfrau; vgl. hierzu z.B. Habscheid, in: Staatslexikon, Sp. 976; Bosch, FamRZ 58, 35 u. auch 289.
Durch diese güterrechtliche Regelung sollte Art.3 II mit Art. 6 GG in Einklang gebracht werden, vgl. Wieacker, (Fn 14, S.33?

gen, die durch Einzelregelungen verlorengingen, z.B. durch die Streichung des § 1354, - ein äußerst bedenkliches Verfahren[85]. Der Verzicht auf eine vorrangige Entscheidungsbefugnis des Mannes in den Familienangelegenheiten fiel offensichtlich sehr schwer[86].

bb) § 1355 wurde in der Weise verändert, daß erstmals die Möglichkeit geschaffen wurde, den Geburtsnamen der Frau nach der Eheschließung überhaupt zu berücksichtigen, da sie diesen dem Familiennamen hizufügen konnte. Familienname blieb aber der des Mannes, worin ein Verstoß gegen Art.3 II nicht gesehen wurde. Es handele sich bei § 1355 um eine reine Ordnungsnorm[87]; im Interesse der äußeren Ordnung sei eine einheitliche Anknüpfung erforderlich, und an den Mannesnamen anzuknüpfen, entspreche der Tradition und sei in der Anschauung des Volkes verwurzelt[88]. In

---

(84) Bosch, FamRZ 58, 84

(85) vgl. zu diesem Fragenkomplex Kropholler, (Fn 70), S.12; Hübner, (Fn 65), S.58; Bosch, FamRZ 58, 82, 84; z.B. wurde nach Wegfall des § 1354 ein Mannesvorrang in Fragen der äußeren Gestaltung des Familienlebens aus § 1353 hergeleitet, vgl. Gernhuber, Familienrecht, S.162 und ausführlich Dölle, Familienrecht, S.392 ff. zu § 1353; begründet wird dies mit einer Auslegung des § 1353 i.S. des Art.6 GG, der dann wiederum nach überkommenen Anschauungen interpretiert wird. So schließt sich der Teufelskreis zuungunsten der Gleichberechtigung; vgl. z.B. auch bei Vogel, FamRZ 76, 482 hinsichtlich der Haushaltsführung durch die Frau.

(86) Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des GlBerG ebenso wie aus Äußerungen nach Erlaß des Gesetzes. Zu den heftigen Diskussionen um § 1354 im Gesetzgebungsverfahren vgl. Dölle, Familienrecht, S.403; ders. JZ 53, 356; auch Beitzke, (Fn 63), S.229; ders. (Fn 1), S.30; Hübner, (Fn 65), S.56 f.; zahlreiche Nachweise bei Bosch, FamRZ 57, 193; ders hebt in FamRZ 58, 84 hervor, der Wegfall des § 1354 dürfe nicht dahin gedeutet werden, daß eine 'Einordnungspflicht' des einzelnen Gatten nicht mehr bestehe; vgl. dagegen bereits 1907 die Lösungsvorschläge zur Umgehung des männlichen Entscheidungsrechts bei Marianne Weber, (Fn 3), S. 439; auch die Rechtsprechung der "rechtlosen" Zeit war sofort klar davon ausgegangen, daß ein männliches Entscheidungsrecht im Widerspruch zu Art.3 II stehe, Nachweise bei Kropholler (Fn 70), S.13

(87) so z.B. Hess.VGH in DÖV 57, 220; Dölle, JZ 53, 357; der Deutsche Industrie- und Handelstag in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.33; Esser, JZ 53, 524 sieht die Ordnungsfunktion nur für die Namensfolge der Kinder; vgl. auch Binder-Werberg (Fn 42), S. 62, die den Gedanken der Ordnungsfunktion aber ablehnt.

(88) Auch der allgemeine Vorrang des Mannesnamens, der ein Ausdruck des Patriarchalismus ist, wurde immer wieder aus dem Wesen der Ehe begründet; in der Rspr. von 1953 - 1956 wurde an der Geltung des § 1355 ebenfalls kaum gezweifelt, vgl. die Zusammenstellung bei Kropholler, (Fn 70), S.25 f.; einzige

Wirklichkeit hatte sich schon damals die Auffassung durchgesetzt, daß der Name auch ein Teil der Persönlichkeit ist(89) und es deswegen nicht ein Privileg darstellen muß, den Namen des Mannes zu erhalten(90). Überdies ist eine Differenzierung nach dem Geschlecht aufgrund der Tradition gem. Art.3 II nicht zulässig(91).

bc) Durch die Neufassung des § 1356 wurde das Leitbild der Hausfrauenehe nicht nur bestätigt, sondern sogar besonders hervorgehoben. Da auch ihr neues "Recht auf Erwerbstätigkeit" vollständig hinter den Familienpflichten zurückzustehen hatte, war die Frau in ihrer Persönlichkeitsentfaltung und Entscheidungsbefugnis hinsichtlich ihrer Lebensgestaltung erheblich eingeschränkt(92). Bosch allerdings lobt den Gesetzgeber dafür, daß er mit diesem § 1356 die Funktion der Frau in der Ehe richtig gesehen habe, was er irrtümlich aus Art.6 I GG begründet(93).

Ausnahme blieb wohl die Entscheidung des VG Frankfurt, FamRZ 55, 361, die aber der Hess.VGH, DÖV 57, 220 wieder aufhob. vgl. zur Interpretation aus Art.6 Beitzke, (Fn 63), S.232; ders. (Fn 1), S.35 f.; ähnlich Hübner, (Fn 65), S.51; hierzu sehr kritisch Gernhuber, Familienrecht, S.137; vgl. auch OLG Karlsruhe, FamRZ 58,326, das § 1355 für verfassungskonform hielt.

(89) so schon BGHZ 25, 163 und davor OLG Hamm, FamRZ 56, 392; hierzu auch Scheffler, (Fn 1), S.22 und dies., (Fn 5),S.289

(90) so aber z.B. Beitzke, (Fn 63), S.232; ders., (Fn 1), S.35; Hübner, (Fn 65), S.52 nennt diese Regelung gar einen Ausdruck dessen, "daß der Mann der Führer in der Ehe" sei,a.A. Binder-Wehberg, (Fn 42), S.63 f.; Wacke, FamRZ 77, 512
Aus §§ 56, 57 EheG ergab sich ja zusätzlich noch, daß die Frau sich des Namens würdig zu erweisen hatte, um nicht Gefahr zu laufen, daß er ihr im Falle der Scheidung oder eines Fehlverhaltens danach wieder entzogen würde. Ein solches Recht des Mannes, den Lebenswandel seiner Frau oder früheren Frau ständig zu überwachen, paßt zum Namen als Persönlichkeitsrecht nicht.
Zwar bestanden grundsätzliche Bedenken gegen die Meßbarkeit von Kontrollratsgesetzen am Grundgesetz, vgl. bei Scheffler, (Fn 5), S.278 und Dölle, JZ 53, 353, 356, insbes.Fn3 m.w.N., aber schon OLG Frankfurt, FamRZ 54, 111 sah hier einen Verfassungsverstoß; vgl. die damaligen Argumentationen bei Kropholler, (Fn 70), S.27 f.; Beitzke, (Fn 63), S. 237 hielt § 56 EheG für unbedenklich; vgl. aber zur Verfassungswidrigkeit von §§ 56, 57 EheG Gernhuber, Familienrecht, S.302 f. und Dölle, Familienrecht, S.32 und 591 f.

(91) zutreffend Ramm, FamRZ 62, 284: "Richtigkeit und Auswirkungen eines neuen Rechtsgrundsatzes lassen sich eben nicht nach den Maßstäben der alten Rechtswirklichkeit und des alten Rechtsempfindens beurteilen.

(92) Besonders deutlich gemacht wird das noch von Bosch, FamRZ 58. 82, der klar sagt, daß auch unentgeltliche Tätigkeiten, z.B.

Zwar sollte durch das GlBerG die Ehe geregelt sein als Liebesbund und allumfassende Lebensgemeinschaft zweier gleichwertiger und eigenverantwortlicher Genossen(94), hier wurde aber kein Widerspruch zur vorgeschriebenen Hausfrauenehe gesehen(95). Es war immer wieder vom "natürlichen Wirkungsbereich" der Frau die Rede(96), dabei ist offensichtlich, daß für die Tätigkeiten, die im Haushalt anfallen, beide Geschlechter gleichermaßen geeignet sind(97).

Die Mitarbeitspflicht der Ehefrau im Geschäft des Ehemannes wurde durch das GlBerG auf beide Ehegatten ausgedehnt, worin tatsächlich formal ein Schritt in Richtung Gleichberechtigung zu sehen ist(98). Für die Stellung der Frau war hier die "Üblichkeit" das Problem, denn weibliche Tätigkeit wurde eben eher als üblich angesehen(99), sodaß die Gleichberechtigung doch einge-

---

im politischen Bereich zurückzustehen haben hinter den häuslichen Pflichten: de facto ein Rückschritt hinter die Auffassungen der WRV, da damals im staatsbürgerlichen Bereich die Gleichberechtigung erreicht worden war, was nicht mehr gewährleistet ist, wenn der verheirateten Frau jegliche politische Tätigkeit praktisch verwehrt wird.

(93) Bosch, FamRZ 57, 193, 196; dabei war in der Diskussion um das GlBerG eine Änderung oder Abschaffung des § 1356 entsprechend den veränderten sozialen Verhältnissen gefordert worden, so von Beitzke, (Fn 1), S.29; allerdings bejaht auch er eine verschiedene Berechtigung anläßlich verschiedener Funktionen; auch Hübner, (Fn 65), S.58 war für die Abschaffung mit der sehr vernünftigen Forderung, "die Regelung der Rechte und Pflichten der Eheleute auf das Allernotwendigste zu beschränken"; ebenso Dölle, JZ 53, 357, der alle Rechte und Pflichten aus § 1353 herleiten wollte, um so der Verschiedenheit ehelicher Gestaltung Rechnung zu tragen. Daß dieser Forderung nicht entsprochen wurde, bedauert auch Gernhuber, (Fn 18), S.134; s. auch Kropholler, (Fn70),S.22

(94) vgl. bei Ramm,FamRZ 62, 285

(95) auch die Rechtsprechung zwischen 1953 und 1958 hatte am Leitbild der Hausfrauenehe festgehalten, vgl.Nachweise bei Kropholler, (Fn 70), S.15

(96) auch Dölle, Familienrecht, S.411 spricht noch von einer der Natur der Sache entsprechenden Funktionsteilung; die "eigentliche" Aufgabe der Frau: Ehefrau und Mutter, Peterseim, FamRZ 56, 171

(97) z.B. erinnert Bebel, (Fn 1), S.271 daran, daß die meisten Chefköche Männer sind; dennoch kommt niemand auf die Idee, vom "natürlichen Wirkungskreis" Küche für die Männer zu sprechen.

(98) Die Schadensersatzvorschriften des BGB für den Fall der Verletzung der Ehefrau blieben unberührt und mußten erst durch die Rspr. angepaßt werden, vgl. z.B. BGHZ 38, 55; 50, 304; 51, 109; 59, 172

(99) vgl. ausführlich Lieb,Ehegattenmitarbeit, 1970, S.132 ff., 142

schränkt war[100].

bd) § 1357 blieb wieder bei der alleinigen Schlüsselgewalt der Ehefrau und führte lediglich eine subsidiäre Haftung für sie ein[101].

Der Mann wurde also aus den Haushaltsgeschäften allein berechtigt[102] und primär verpflichtet, was weder Gleichberechtigung noch Gleichverpflichtung bedeutet, somit Art.3 II nicht verwirklicht, und § 1357 II stellte ebenfalls eine Diskriminierung der Frau dar, denn es blieb dabei, daß sie ohne Nachweis der Bedenken in Verruf gebracht werden kann[103]. Hier war das GlBerG nicht konsequent.

be) § 1358 wurde schon in den ersten Äußerungen im Schrifttum nach Erlaß des Bonner Grundgesetzes mit diesem für unvereinbar gehalten[104]. Insbesondere war § 1358 a.F. ein unerträglicher Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht der Frau, ein Recht, das schlechthin jedem Menschen zustehen muß[105] und ist somit im GlBerG von 1957 zu Recht entfallen.

---

(100) Über die Entgeltlichkeit der Mitarbeit - eine notwendige Forderung - fand sich nämlich keine Bestimmung. Sie wurde in § 1356 II subsumiert, obwohl diese Vorschrift nur die Verpflichtung zur Mitarbeit regelte, nicht deren Rechtsfolgen, vgl. bei Lieb, (Fn 99), S.133, der im übrigen herleitet, daß aus § 1356 II gar keine Differenzierung in der Entgeltsfrage zwischen üblicher und nicht üblicher Mitarbeit entnommen werden kann, vgl. S.136; s. auch Scheffler, (Fn 5), S.290 f.; ausführlich Dölle,Familienrecht, S.420 ff. Auch Esser, JZ 53, 524 hatte in der Übergangszeit vor dem GlBerG das Problem vorwiegend in der Unentgeltlichkeit der Mitarbeit gesehen.

(101) Bei den Vorarbeiten zum GlBerG war gefordert worden, die "Schlüsselgewalt" auf beide Ehegatten zu erstrecken und ebenso beide haften zu lassen, vgl. z.B. Boehmer,G., Einige kritische Gedanken zum Gleichberechtigungsgesetz, in: FS Hedemann, S.32 ff.; auch Beitzke, (Fn 63), S.233; Dölle, JZ 53, 357; Hübner, (Fn 65), S.59 und Arnold, FamRZ 58, 193 m.w.N.; die von der Literatur vorgeschlagene Lösung war auch von den meisten Gerichten in der notwendigen Überbrückungszeit gewählt worden, vgl. die Nachweise bei Kropholler, (Fn 70), S.20; Siebert-Vogel , Vorbemerkung zu § 1357 hatte vor dem GlBerG Übereinstimmung unterstellt in der Einschätzung, daß beide Absätze des § 1357 gegen Art.3 II verstoßen hätten.

(102) dies schon kritisiert von Bosch, FamRZ 58, 83

(103) vgl. Bosch, Rechtspfleger 53, 497

(104) z.B. Hübner, (Fn 65), S.58; Esser,JZ 53, 524; Siebert-Vogel Vorbemerkung zu § 1358; für Beibehaltung des § 1358 setzte sich letztendlich auch nur Creifelds ein, z.B. JR 50,449 f.

bf) In § 1360 n.F. sollte die Gleichberechtigung dadurch verwirklicht werden, daß beide Ehegatten verpflichtet wurden, die Familie zu unterhalten. In der Feststellung, daß die Hausfrau ihre Unterhaltspflicht durch die Tätigkeit im Haushalt erfüllt, ist die Bestrebung zu sehen, die Ehefrau und "Nur-Hausfrau" mit der außerhäuslich berufstätigen Frau gleichzustellen(106).
In dieser Form wird aber dadurch lediglich die Frau auf den Haushalt festgeschrieben, ihre finanzielle Abhängigkeit bleibt bestehen.
Wenn auch die eheliche Unterhaltspflicht in den §§ 1360 a und 1360 b noch deutlicher gleichgeschlechtlich ausgestaltet, z.B. die Prozeßkostenvorschußpflicht auf beide Ehegatten erstreckt wurde(107), so bleibt doch faktisch der Ehemann allein und primär gezwungen, Frau und Kinder zu unterhalten. Indem die Tätigkeit der Frau als Unterhaltsbeitrag gewertet wurde, erfolgte mehr eine psychologische Besserstellung der Frau, mitnichten eine Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung(108).

bg) § 1361 war allerdings ein Schritt in diese Richtung, denn beide Ehegatten sind danach verpflichtet, sich nach den dortigen Voraussetzungen bei Getrenntleben Unterhalt zu leisten(109). Die Pflicht, sich in diesem Falle die zur Haushaltsführung erforderlichen Gegenstände zu überlassen, wurde zu Recht in § 1361 a auf beide Ehegatten ausgedehnt, ebenso geschah es mit der Eigentumsvermutung zugunsten der Gläubiger in § 1362. Auch hier wurden nun Gläubiger des Mannes und der Frau gleich behandelt.

---

(105) vgl. die überzeugende Argumentation bei Beitzke, (Fn 1), S. 33 f.; ders., (Fn 63), S.230; Bosch, FamRZ 58, 84 argumentiert zwar, dieses männliche Entscheidungsrecht sei nur im Einvernehmen mit der Frau ausgeübt worden, aber eine solche Hypothese reicht nicht aus, um einen derartigen Ausdruck des Patriarchalismus aufrechterhalten zu wollen, der eindeutig eine Minderbewertung der Frau beinhaltet.

(106) gefordert schon von Boehmer,G., MDR 50, 388

(107) vgl. bestimmte rechtliche Bedenken bei Bosch,FamRZ 58, 84; ausführlich hierzu Brühl, FamRZ 58, 197 und Pastor, FamRZ 58, 298;

(108) Bosch, FamRZ 58, 83; ähnlich auch Ramm, JZ 68, 44;

(109) kritisch dazu Scheffler, (Fn 5), S.294 f.; es sind die Verschuldensaspekte zu bemängeln, die denen der Unterhaltsregelung nach der Scheidung ähnelten.

bh) Nachdem also deutlich wurde, daß zwar mancher Schritt in die richtige Richtung erfolgte, aber die Verwirklichung der Gleichberechtigung keineswegs vollständig gelungen war, nicht einmal im Text der Regelungen[110], erscheint es als besonders gefährlich, wenn Bosch nach Erlaß des GlBèrG vorschlug, durch Verfassungsänderung zu erreichen, daß "die Bestimmungen des Grundgesetzes der Gültigkeit des Gleichberechtigungsgesetzes nicht entgegenstehen", womit er eine Überprüfung dieser Normen durch das Bundesverfassungsgericht vermeiden wollte[111].
Bosch kritisierte daneben auch einige Beseitigungen von Vorzugsstellungen der Frau[112] und gab damit vor, etwas für die Frauen tun zu wollen. Aber wer bei der Gleichberechtigung nicht auch die Gleichverpflichtung sieht, arbeitet nicht für, sondern gegen ihre Verwirklichung und entlarvt sich selbst durch Doppelbödigkeit.
Wie der Abgeordnete Schmid (SPD) schon in den Vorverhandlungen zum Bonner Grundgesetz richtig erkannte, "will die Frau in diesem Jahrhundert als ein Wesen gleicher Mündigkeit angesehen werden wie der Mann"[113].
Das GlBerG jedenfalls hatte dieses Ziel nicht erreicht[114], und

---

(110) z.B. wurde auch § 1300 gar nicht behandelt, obwohl auch diese Norm gegen Art.3 II verstößt. Ihre Abschaffung wurde schon gefordert von Dölle, JZ 53, 356; zu deren Verfassungswidrigkeit auch Maunz-Dürig, Art.3 II RdNr.15.
§§ 1628, 1629 I mußten durch das Bundesverfassungsgericht korrigiert werden wegen des Verstoßes gegen Art.3 II, vgl. BVerfGE 10, 59, während z.B. Habscheid in: Staatslexikon, Sp. 977 diese Normen für vereinbar hielt mit Art.3 II; daß und wie von der Ideologie her diese Norm überhaupt "passieren" konnte, auch gut geheißen wurde, erklärt einleuchtend Simitis, Zur Situation des Familienrechts - Über einige Prämissen, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S. 21;
weitere Mängel bei Bosch,FamRZ 57, 190

(111) Bosch, FamRZ 57, 192; er wollte damit eine "Beruhigung des Gleichberechtigungs-Streites" erreichen und somit letztendlich eine weitere Verwirklichung der Gleichberechtigung verhindern.

(112) vgl. z.B. FamRZ 58, 85; ähnliche gegen die Gleichberechtigung gerichtete Argumentationen hätten sich auch in den Vorbereitungen zum Bonner GG gefunden, vgl. z.B. Abgeordneter Kaufmann (CDU), in: JöR NF 1, S.70

(113) nachzulesen in: JöR NF 1, S.70; vgl. auch Knöpfel, NJW 60, 556, der zurecht Gleichberechtigung bei Bevorrechtigung der Frau nicht verwirklicht sieht; ebenso Beitzke, (Fn 1), S. 25; Marty, (Fn 18), S.26

(114) vgl. z.B. v.Godin, JR 59, 118, der von einem "der stärksten Stücke männlicher Unfairness gegenüber den Frauen" spricht im Hinblick darauf, wie hier die Gleichberechtigung als Prinzip Ausgestaltung erfahren hatte; Lange, (Fn 10), S.361

betrachtet man die Situation vor Erlaß des 1. EheRG, so entsprachen weder die rechtliche Regelung noch die gesellschaftlichen Verhältnisse der Forderung des Art.3 II.

II. Verfassungsauftrag und gesellschaftliche Wirklichkeit

Wenn also das 1. EheRG erneut den Anspruch hat, die Gleichberechtigung der Geschlechter weiterzuverwirklichen, so muß zunächst geklärt werden, in welchem Rahmen der Gesetzgeber sich bewegen konnte und mußte, d.h. also einmal, welche verfassungsrechtlichen Bedingungen und Voraussetzungen, insbesondere Grundrechte der Adressaten er beim Erlaß dieses Gesetzes berücksichtigen mußte, zum anderen, auf welche gesellschaftlichen Gegebenheiten das Gesetz treffen wird.

1.) Verfassungsrechtliche Verpflichtungen aus Art.2 I, 3 II und 6 I GG

Problem in verfassungsrechtlicher Sicht könnte sein, daß die mehreren Grundrechte, die für ein Gesetzeswerk von Bedeutung sind, unterschiedliche Schutzrichtung haben, sodaß die Beachtung des einen Grundrechts die Verletzung des anderen bewirken könnte. Vom Regelungsinhalt her waren vom Gesetzgeber hier die Art.3 II. und 6 I GG zu berücksichtigen, aber auch Art.2 I, der grundsätzlich mitbedacht werden muß, wenn ein Lebensbereich des Bürgers reglementiert werden soll.

a) Die überragende Bedeutung, die die Grundrechte allgemein, also auch für den Gesetzgeber haben sollen, zeigt sich in den Äußerungen der an der Entstehung der Verfassung Beteiligten. So sollten z.B. "die Grundrechte das GG regieren"(1) oder: "Diese Grundrechte sollen nicht bloß Deklamationen, Deklarationen oder Direktiven sein, nicht nur Anforderungen an die Länderverfassungen, nicht nur eine Garantie der Ländergrundrechte, sondern

---

attestiert dem Gesetzgeber des GlBerG, er habe im historisch gewachsenen Mannesvorrang gelegentlich eine Art natürliche, gewissermaßen gleichberechtigungsfeste Ordnung erblickt. vgl. aber Scheffler, (Fn 1), S.22, die die Gleichberechtigung der Geschlechter durch dieses Gesetz, abgesehen vom Namensrecht, auf dem zivilrechtlichen Gebiet für voll verwirklicht hielt.

(1) Abgeordneter Schmid (SPD), zit. nach JÖR NF 1, S.42

unmittelbar geltendes Bundesrecht, auf Grund dessen jeder einzelne Deutsche, jeder einzelne Bewohner unseres Landes vor den Gerichten soll Klage erheben können"(2). Dies zeigt nochmals die starke Verpflichtung des Gesetzgebers, demGG zu entsprechen. Das Grundgesetz verleiht den gewandelten Erscheinungen und Ideen rechtlichen Ausdruck, indem es in den Mittelpunkt seines Wertsystems den Menschen und die Würde seiner Persönlichkeit stellt (Art. 1 I) und ihm freie Entfaltung innerhalb der sozialen Gemeinschaft (Art.2) und Gleichheit vor dem Gesetz (Art.3 I) sichert.
Wenn nun Art.2 I ein Recht auf Entfaltung gewährleistet, auf freie Entwicklung der Persönlichkeit, solange man nicht an die durch die Gemeinschaft gebildeten Grenzen stößt(3), so sichert der allgemeine Gleichheitssatz auch eine Freiheit, nämlich die Freiheit, anders zu sein(4). Und für diesen Rahmen, in dem man anders sein darf, sichert Art.3 II Frauen und Männern gleichwertige Rechtspositionen.

b) Es ist natürlich nicht zu bestreiten, daß wie alle Grundrechte auch Art.3 II durch die anderen Artikel der Verfassung begrenzt wird, daß also Art.3 II nur zur Geltung kommen kann, wenn und soweit nicht dadurch gleichwertiges Verfassungsrecht verletzt oder eingeschränkt wird(5). Bedenklich aber erscheint es, wenn - wie es mehrfach vorkam - solche Begrenzungen "erfunden" werden, quasi "für alle Fälle" durch die Konstruktion von immanenten Schranken und Drittinteressen und durch den Begriff beispielsweise der "übergreifenden verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen"(6). Dies öffnet Tür und Tor für politische Wertungen,

---

(2) JöR NF 1, S.43; nach Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S.12 symbolisieren die Grundrechtsschlagworte wie z.B. "Gleichheit" und die entsprechenden Verfassungsartikel "institutionalisierte Verhaltenserwartungen und vermitteln ihre Aktualisierung in konkreten Situationen".

(3) Giesen, Ehe, Familie und Erwerbsleben, 1977, S.40

(4) vgl. z.B. Arndt, A. Gedanken zum Gleichheitssatz, in: FS Leibholz, Bd.2 1966,; er geht auch aus von einem "Recht,sich selbst zu gehören", vgl. NJW 67, 1846; s. auch BVerfGE 35, 202 (220)

(5) ebenso Knöpfel, NJW 60, 557; Art.3 II beschränkt sich aber z. B. nicht auf verfügbare Rechte, FamRZ 63, 338; vgl. z.B. den Hinweis auf den Grundsatz der Privatautonomie, der es weiterhin ermöglichen müsse, z.B. Frauenkränzchen zu bilden, zu denen Männer keinen Zutritt hätten etc., bei Beitzke ,Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz, in:Bader(Hrsg.) Die Gleichberechtigung v.Mann u.Frau,

während doch die Grundrechte gerade stabil und nicht dem jeweiligen Mehrheitswillen ausgeliefert sein sollten(7).
Auch Erna Scheffler will solches "übergesetzliches", gar "überverfassungsgesetzliches" Recht durch das Grundgesetz gewährleistet wissen, das als "göttlich offenbartes oder vernunftgemäß erschlossenes Naturrecht" zu betrachten sei(8).
Wenn man nur daran denkt, wie unmöglich solch "göttlich offenbartes" Recht nachzuweisen ist, bzw. wie leicht gerade deshalb überaus menschliche Anschauungen und Wertungen als "gottgegeben" ausgegeben werden können, dann scheinen Ridders Bedenken nicht übertrieben(9), der alle möglichen Belange "übergeordneter Gemeinschaften", der "Wirtschaft", des "Arbeitsfriedens", der "nationalen Ehre", überhaupt das "öffentliche Interesse" und das "Gemeinwohl" schlechthin die Grundrechte zerstören sieht.
Hinsichtlich der Verwirklichung von Art.3 II GG scheint es in diesem Zusammenhang besonders gefährlich, daß sich auf diese Weise auch viele traditionelle, überkommene Wertungen wieder durchsetzen und die Gleichberechtigung einschränken könnten, einfach weil man sie als unser Kulturgut ausgibt, auf das nicht verzichtet werden könne. Art.3 II ist aber auf die Zukunft gerichtet, sollte gerade nicht vorher geltendes Recht bestätigen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen. Der Gleichberechtigungsgrundsatz beinhaltet ja gerade eine Abkehr von der Vergangenheit(10).

c) Die Verfassungsnorm, die als Begrenzung des Art.3 II am häufigsten genannt wird, ist Art.6 I GG, sodaß auf dessen Bedeutung kurz einzugehen ist.

1950, S.15

(6) vgl. statt aller BVerfGE 3,225

(7) vgl. JöR NF 1, S.43; auch Schnapp, JR 74, 318, der diese Bedenken noch auf das "Natur der Sache"-Denken ausdehnt.

(8) Scheffler, Ehe und Familie, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV,1, 1960, S.249

(9) Ridder, Männer und Frauen sind gleichberechtigt, in: FS Leibholz, Bd.2, 1966, S.223; er sieht eine Tendenz zum Grundrechtsnihilismus

(10) vgl. Binder-Wenberg, Ungleichbehandlung von Mann und Frau, 1970, S.33 f.; Mainhofer, Ideologie und Naturrecht, in:ders. (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S.141; Ramm, JZ 68, 43

ca) Der Schutz von Ehe und Familie ist verfassungsrechtlich nicht so traditionsreich verbürgt wie der Schutz der Gleichheit(11). Ehe und Familie wurden über Jahrhunderte hinweg privat gestaltet, dann entwickelte sich langsam eine Einflußnahme der Kirche und erst spät nahmen sich Staat und Rechtsordnung um die Gestaltung auch dieser Intimsphäre der Menschen an(12).

"Die legitime Ehe entstand durch zunächst vertragsmäßige, dann gewohnheitsrechtliche, dann ausdrückliche ökonomische Sicherung mehrerer oder einer bestimmten Frau und d e r e n Kinder gegenüber allen anderen Frauen, mit denen es dem Mann beliebte, Geschlechtsverkehr zu pflegen. S i e i s t i n e r s t e r L i n i e d a s W e r k d e r F r a u, bzw. ihrer Familie, die sie nicht hergab ohne Garantien für ihre und ihrer Kinder Vorzugsstellung"(13).

Nachdem aber staatliche, politische Interessen sich der Ehe in ihrer heutigen Form(14) bemächtigt hatten, wurde, als Ehe und Familie durch gesellschaftliche Umwälzungen, das Aufkommen von Alternativformen und stärkere räumliche Flexibilität der Menschen gefährdet schienen, die Aufnahme einer Schutzvorschrift für Ehe und Familie sogar in die Verfassung (WRV) notwendig und hatte eindeutig konservativen Charakter, was Dieter Schwab überzeugend nachweist(15).

---

(11) JöR NF 1, S.44; ausführlich Schwab,D. Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: FS Bosch, S. 893 ff.; Scheffler,(Fn 8), S.247, die auf S.248 noch andere Verfassungen aufzählt, die diesen Schutz enthalten. In Deutschland war dies vor der WRV nicht der Fall.

(12) ausführlicher zu dieser Entwicklung Schwind, Ehe und Recht, in: FS Bosch, S.919 ff.; insbesondere auch Müller-Freienfels Ehe und Recht, 1962, S.4 - 88; Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 1973, S.217. Die Entwicklung wurde nach Max Weber auf Grund von ethischen und politischen Interessen erstrebt, vgl. Rechtssoziologie, S. 154 f.: "Andere Schranken der Vertragsfreiheit, wie z.B. der Ausschluß oder die Beschränkung derselben in Familienangelegenheiten, welche den meisten modernen Rechten eigentümlich sind,..., sind durch vorwiegend ethische oder politische Interessen un d Vorstellungen bedingt."

(13) Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907, S.516

(14) Die Form"Kleinfamilie" ist noch jung, vgl. zur Entwicklung Weber-Kellermann, Die Deutsche Familie, 3. Aufl.,1977; Jos van Üssel, Die Kleinfamilie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.95 ff.; zur Form Kleinfamilie und anderen möglichen Formen des Zusammenlebens Fuhrer, Zs.f.ev.Ethik, 1975, 2, S.89 ff.; Scheffler ,(Fn 8), S.246; der Zusammen-

In der WRV war der Schutz von Ehe und Familie noch bloßer Programmsatz, in Art.6 GG ist aber dieser Schutz - als Grundrecht - sehr stark ausgestaltet[16]. Dieses Grundrecht wird als "Ausformung" der Hauptgrundrechte auf Würde, Freiheit und Gleichheit interpretiert[17], wobei ebenso wie für die WRV gesagt werden kann, daß die Aufnahme von Ehe und Familie in den Kontext der liberalen Freiheitsverbürgungen "auf einen historischen Konflikt um diese sozialen Gebilde" schließen läßt[18], sodaß auch dadurch die auf Konservierung gerichteten Bestrebungen des Verfassungsschutzes verdeutlicht werden.

cb) Art.6 I GG stellt nach allgemeiner Ansicht eine Institutsgarantie dar, er schützt Ehe und Familie in ihrer "wesentlichen Struktur"[19], gleichzeitig aber soll gesichert sein, daß der

---

hang zwischen jeweiligem Wirtschaftssystem und Familienform ist dargestellt bei König, Die Familie der Gegenwart, 1974, S.22 ff.; vgl. auch ders. Alte Probleme und neue Fragen in der Familiensoziologie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.135, dort wird auch klar, daß die Kleinfamilie mitnichten seit eh und je d i e Familienform war. Geschichtlicher Überblick auch bei Dölle, Familienrecht, S. 56 ff.; K.-H.Schwab , Der Wandel der Ordnung im Familienrecht, in: FS Nüchterlein, S.304 ff.; Dörner, Industrialisierung und Familienrecht, 1974 , S.19 ff. - 29; zur Entwicklung gerade der patriarchalischen Familie auch kurz Müller-Freienfels, Revolutionäre Familiengesetzgebung, S.845 f. und ders. (Fn 12), S.4 ff.

(15) Schwab,(Fn 11), S.893 ff.; s. auch Dölle, Familienrecht,S.25 der klarmacht, daß der Staat durch das industrielle Zeitalter eine Bedrohung von Ehe und Familie bewirkt sah; vgl. auch Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.6, Rdn.6; Müller-Freienfels, (Fn 14), S.850 betont aber, daß die Familie als eine besonders stabile und konservative Institution gelte, m.w.N. nicht zuletzt solle durch den Schutz von Ehe un d Familie verhindert werden, daß diese Bereiche für bevölkerungspolitische Zwecke des Staates mißbraucht werden können, wie es im Nationalsozialismus geschehen war, vgl. Scheffler, (Fn 8) S.255; auch Luhmann, (Fn 2), S.105

(16) Streitig war nach Erlaß des Bonner GG, ob Art.6 überhaupt Grundrechtswirkung habe. Dieser Streit dürfte aber zugunsten von Art.6 durch das BVerfG entschieden sein, BVerfGE 6, 55 ff. und 6, 386 ff.; vgl. hierzu die interessanten Ausführungen bei Luhmann, (Fn 2), S.106, sowie bei Scheffler, (Fn 8), S.253 f.; zum Verhältnis der Art.2,3 und 6: Giesen, Gleichberechtigungspostulat und Familienschutz im Erwerbsleben, in: FS Bosch, S.329 und ders., (Fn 3), S.39 ff.

(17) Scheffler, (Fn 8), S.267; vgl. aber z.B. Luhmann, (Fn 2), S. 103 ff. und Fn 37, der auf die Nachteile einer solchen wertharmonischen Betrachtungsweise und ihre Diskrepanz zur Wirklichkeit hinweist; ähnlich wie hier aber Assmann, Formen und rechtliche Komponenten der Familienpolitik,1974,S.23 u. 27

Staat Ehe und Familie auch dadurch schützt, daß er diese Institutionen fördert, bzw. Benachteiligungen unterläßt[20]. Art.6 I ist also von großer Tragweite wegen der unterschiedlichen Stoßrichtung: gleichzeitig Institutsgarantie, Grundlage für subjektive Rechte des Bürgers gegen den Staat[21], und schließlich kann er selbst Drittwirkungen, also Geltung im Zivilrecht entfalten[22].

Der Staat wird somit einerseits zur Respektierung der Privatsphäre des Bürgers verpflichtet, andererseits aber zur Förderung von Ehe und Familie, um die Erfüllung gesellschaftlicher Zwecke sicherzustellen[23].

cc) Es ist nun fraglich, was für eine Ehe da gemeint ist, von welchen Lebensformen konkret der Verfassungsgesetzgeber ausging, oder ob er gar alle denkbaren Formen des Zusammenlebens durch Art. 6 I schützen wollte[24].

---

(18) Schwab, (Fn 11), S.893, der aber S.907 auch darauf hinweist, daß der soziale Wandel verfassungsrechtlich nicht verhindert werden kann.

(19) vgl. z.B. BVerfGE 6, 55 (72). Dieser Schutz obliegt dem Staat, weil er wegen seines Gesetzgebungsmonopols durch das Ehe- und Familienrecht eine Art Kontrollfunktion über die Familie ausübt; vgl. König, Die Familie der Gegenwart, 1974, S.21 und 47; zur objektiv-institutionellen Funktion des Art. 6 I: Assmann, (Fn 17), S.22; ebenda zur Institutsgarantie, S.26; vgl. auch Pal.-Diederichsen vor § 1353, Anm. 1 a; Gernhuber, Familienrecht, S.29, 30; v.Mangoldt, AöR 75, 284; Maunz-Dürig, Art.6,RdNr.6; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.6, Rdn 2

(20) BVerfGE 6, 55 (76 f.); vgl. auch Giesen, (Fn 16), S.331; Assmann, (Fn 17), S.22 f.; schon Maunz, FamRZ 56,2; Gernhuber, Familienrecht, S.31; Dölle, Familienrecht, S.33; Giesen, (Fn 3), S.42

(21) Assmann, (Fn 17), S.27; dort auch S.28 zur Dynamik des Art.6 als soziales Grundrecht.

(22) zu dieser Problematik ausführlich Scheffler, (Fn 8), S.273 ff.; bedeutsam kann dies sein für familienrechtliche Regelungen, z.B. für Verträge in diesem Bereich (Eheverträge, Versorgungsregelungen etc.); ebenfalls erläutert bei v.Mangoldt/Klein, Art.6, Anm. III

(23) Habscheid, Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, in: FS Bosch, S.367; a.A. Ramm, Grundgesetz und Eherecht, 1972,S. 20: nach Art. 6 I schütze der Staat die Ehe um ihrer selbst willen; er hat kein Sonderinteresse an ihr; kritisch zu dieser Vielfalt von Funktionen (der Gesetzgeber des Grundgesetzes habe sich 'juristisch wie politisch' übernommen): Luhmann (Fn 2), S.106

(24) vgl. z.B. zum verfassungsrechtlichen Schutz auch alternativer Lebensformen Mayer-Maly,(Fn 12), S.219 u.220 f.; Dölle,

Aus dem Wortlaut selbst ist ja über die Gestalt der Ehe nichts zu entnehmen, dennoch besteht die Auffassung, der Inhalt der Institutsgarantie sei nicht erst aus den einfachen Gesetzen zu erschließen. Vielmehr müßten die einzelnen Regelungen des bürgerlichen Rechts an Art.6 I als vorrangiger, selbst die Grundprinzipien enthaltender Leitnorm gemessen werden(25). Andererseits bedeutet Familie für Art.6 GG mangels einer juristischen speziellen Begriffsbestimmung eine soziale Gegebenheit aus der außerrechtlichen Lebensordnung(26).

Und auch wenn Habscheid durch die Institutsgarantie "das Institut der Ehe als solches" geschützt und "den Bestand jeder einzelnen Ehe sowohl gegenüber dem Staat, also auch gegenüber den Ehegatten selbst" garantiert sieht(27), scheint die Ehe etwas absolut Seiendes darzustellen.

Gerade hinsichtlich eines Schutzes der Ehe gegen die Ehegatten selbst sind äußerste Bedenken zu erheben. Hier zeigt sich der grundlegende Konflikt ganz deutlich: ist die Ehe eine rechtliche Hülle, eine Institution, die um ihrer selbst willen geschützt wird, oder geht es nicht vielmehr um die Ehegatten, um die beteiligten Menschen, um derentwillen der besondere Schutz vorgesehen ist(28)?

Nach Ramm ist zwar das GG "zu einer freiheitlich-individualistischen Eheauffassung vorgestoßen. Danach dient die Ehe der Persönlichkeitsentfaltung der Individuen und bildet zugleich einen Teil derselben"(29), aber Ridder muß noch betonen, daß "... n i c h t

---

Familienrecht, S.33 fordert den Gesetzgeber aber auf, die Voraussetzungen für die Entstehung eheähnlicher Beziehungen zu beseitigen.

(25) MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr 26

(26) vgl. Assmann, (Fn 17), S.21; Lecheler, FamRZ 79, 3 will das Wesen der Familie statt dessen aus dem vorhandenen Normenbestand durch induktive Reduktion herleiten.

(27) Habscheid, FamRZ 54, 7, 9; ders., MDR 53, 337; Held, FamRZ 70, 299; Mikat, FamRZ 70, 336; BVerfGE 6, 55 (72), das dadurch letztendlich seiner eigenen Auffassung von der Selbstverantwortlichkeit der Ehegatten widerspricht; Leibholz/Rinck, Art.6, Rdn1 und 4; Maunz-Dürig, Art.6, Rdn.6

(28) Übrigens erkennt Larenz, JZ 68, 97 zu Recht, daß zwei Menschen ein dem Sinn der Ehe entsprechendes Leben führen können, ohne im Rechtssinn eine Ehe zu begründen, so wie umgekehrt viele Ehen, die es nach dem Gesetz sind, den Sinn der Ehe verfehlen.

(29) vgl. Erklärung des Rates der EKD, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.111 oder Müller-Freienfels, (Fn 12), S.74: "Die Institution lebt nach eigenen Gesetzen, die sich allein aus

gemeint ist ... ein patriarchalisches Idealbild von Ehe und Familie, das sich von bestimmten, sei es katholisch-naturrechtlichen, sei es protestantisch-theologischen Strömungen, die in jüngster Zeit literarisch entwickelt wordensind, ableiten läßt"(30). Somit zeigt sich gerade hier eine Einbruchstelle für die unterschiedlichsten Wertvorstellungen, insbesondere aber für an sich leere, bzw. allzu deutungsfähige Begriffe, wie "die Ehe des christlich-abendländischen Kulturkreises"(31).
Gerade solch ein "christlich" geprägtes Ehebild ist abzulehnen(32). Insbesondere besteht für die heutige Zeit ein Verbot der Staatskirche und somit ein Verbot der Ausübung staatlichen Zwanges in geistigen Dingen. "Man kann nicht über eine Verfassung, die die Gewissensfreiheit respektiert, in einer Welt, die nun einmal nicht mehr die eines geschlossenen corpus christianum ist, eine vollständige Kongruenz erzwingen wollen"(33).

---

ihrem Wesen ergeben"; aber Ramm, (Fn 23), S.20; ähnlich wie Ramm: Larenz, JZ 68, 97;hier stellt dasBVerfG wieder klar, daß das Grundgesetz sich zur "Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit des Menschen" bekenne und zum "Schutz der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie vor äußerem Zwang durch den Staat", BVerfGE 6, 55 (71); vgl. auch BGHZ 1, 87 (91)

(30) Ridder, (Fn 9), S.231; ähnlich Dürig,FamRZ 54,4; auch in etwa Dölle, Familienrecht, S.52; zum jeweiligen kirchlichen Eheverständnis ausführlich Müller-Freienfels, (Fn 12), S.77 ff.; vgl. zum durch Art.6 geschützten Ehebegriff auch OLG Hamburg NJW 78, 1982 m.w.N. und zu den Grundstrukturen Einehe, Freiheit der Eheschließung und lebenslange Ehe BVerfGE 10, 59 (66)

(31) vgl. Beitzke, Gleichheit von Mann und Frau, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd.II 1954, S.211; ders., (Fn 5), S.33; Scheffler, (Fn 8), S.259; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1969, S.297; Boehmer, MDR 50, 387; Bosch, Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie, 1954, S.69; kritisch aber Ramm, JZ 68, 45

(32) Marianne Weber, (Fn 13), S.555 hatte schon die Motive des BGB kritisiert, weil prinzipielle 'christliche' Auffassung der Ehe als einer dem Willen der Gatten entrückte 'höhere Ordnung' nicht rechtlich geregelt werden könne, sondern Glaubenssache sei; vgl. auch Ridder, (Fn 9), S.229 f., der auch hier wieder die grds.Gefahr der Übernahme solcher verschieden geprägter Wertsysteme in die Grundrechte betont; ähnlich Dürig, FamRZ 54,4; vgl. auch den Aspekt bei Just, Für ein neues Ehescheidungsrecht, in: Wassermann, (Hrsg.), Justizreform, 1970, S.158, der die christliche Nächstenliebe betont und von daher die Ehe auch christlich freiheitlicher sieht; wie wenig zwingend die christlich-abendländische Tradition in diesem Zusammenhang ist, ergibt sich auch bei Mikat, FamRZ 63, 67, der auf die völlig unterschiedliche Entwicklung mehrerer durch sie geprägter Familienrechte hinweist.

Das heißt eben m.a.W., daß durch Art.6 I nicht eine christlich geprägte Ehe geschützt ist, sondern eine Eheform, deren Strukturelemente sich aus der gesamten Rechts-, auch Kulturordnung ergeben(34) und wandelbar sind(35), dies auch wie bei jeder soziokulturellen Institution sein müssen.

Und so ist in der Tat, gleichzeitig mit der Abkehr vom religiös geprägten Ehebegriff ein immer stärkerer Trend zu der Ansicht zu verfolgen, daß "Eheschließungs- und Ehe-Inhalte ... ein Privatissimum (sind), an das von außen her zu rühren, welches zu verändern einem Dritten - und sei es auch der Staat - nicht ohne weiteres möglich ist"(36). Man nähert sich also einem individualistischen Eheideal(37), wenn auch mit unterschiedlicher Konse-

---

(33) Ridder,(Fn 9), S. 232; ähnlich Mikat, Möglichkeiten und Grenzen einer Leitbildfunktion des bürgerlichen Ehescheidungsrechts, 1969, S.7; so erkennt auch letztlich Habscheid,(Fn 23), S.367 in unserer Verfassung eine "verweltlichte" bürgerlich-rechtliche Ehe, ebenso BVerfGE 36, 163; 31, 83; 10, 85; 12, 54; vgl. schon Marianne Weber, (Fn 13), S.555; zur zunehmenden Säkularisierung der Ehe Pal.-Diederichsen vor § 1353, Anm. 1 b; Mayer-Mali, (Fn 12), S.118; auch Naumann, Die ethische Funktion des Rechts in der demokratischen Gesellschaft, in: Der Rechtspfleger in Europa, 1973, S.32 weist auf die sonst bestehende Gefahr der Klerikalisierung des Rechts hin; ähnlich Wiethölter, Rechtswissenschaft,1968, S.223

(34) vgl. zu den Strukturelementen der Ehe Scheffler, (Fn 8), S. 258 ff.; nach Ramm ,(Fn 23), S.20 f. sind rechtlich garantiert: Dauerhaftigkeit, Monogamie, was sich beides aus Art. 2 I herleite (Erschwerung der Trennung, Ausschließlichkeit), nach Lecheler, FamRZ 79,4: Einehe, Geschlechtsverschiedenheit, Unauflöslichkeit; zur Entwicklung gerade der Einehe: Heinsohn/Knieper, Theorie des Familienrechts,1974, S.50 ff.; Mikat, (Fn 33), S.10; BVerfGE 6, 71; 10,66; 19, 328;

(35) Daß die Ehe ohnehin ständig wandelbar ist und sich tatsächlich wandelt, ergibt sich deutlich bei Haffner, Das Sterben der Ehe, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe,1969,S. 23; Saller, Die biologischen Grundlagen, in: Rotzoll (Hrsg.) Emanzipation und Ehe, 1969, S.49; ähnlich Gernhuber, Neues Familienrecht, 1977, S.135; König, (Fn 19), S.13 f., 17,insbes. S.134; Pieper/Pieper, Familie: Stabilität und Veränderung, 1975, S.65; Wacke,FamRZ 77, 508; Büdenbender, FamRZ 76, 665; Geiger, FamRZ 73, 226; Gernhuber, Familienrecht, S.21; vorsichtig zur Wandelbarkeit wegen starker Betonung von Stabilität und Kontinuität Müller-Freienfels , (Fn 12), S.69,71; aber wieder MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr 17 und 20

(36) Bosch, FamRZ 57, 190; Schwind, (Fn 12), S.920 f.; Bindewenberg, (Fn 10), S.71; Wurzbacher/Cyprian, Ehe und Ehescheidung in soziologischer Sicht, in: Bogs u.a.(Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S. 33; König, (Fn 19), S.51, 67; Assmann, (Fn 17), S.23; Wacke,FamRZ 77, 508; ähnlich schon Schwarzhaupt, FamRZ 57, 33; Dölle,Familienrecht, S.55; BGHZ 46, 397; 37, 41; BVerfGE 6,55 (81); 10, 59 (67 ff.)

quenz, denn es gibt immer noch Vertreter einer streng institutionalistischen Eheauffassung(38), von Zwischenformen(39) bis hin zum strikten Individualismus(40).

cd) Es zeigt sich somit, daß von einer einheitlichen Eheauffassung im Bereich des Verfassungsrechts nicht ausgegangen werden kann, ein deutlicher Ausdruck des in unserer Gesellschaft bestehenden Wertpluralismus. Daß deshalb der Schutz des Art.6 I nicht nur auf die Ehe im herkömmlichen Sinne, insbesondere im patriar-

---

(37) vgl. z.B. Pal.-Diederichsen vor § 1353, Anm. 1 b; siehe hierzu die Lehre von der prästabilierten Harmonie von Leibniz: Dem Willen des einzelnen wird durch die Privatautonomie nicht aus Freude am Individualismus, sondern deshalb Raum gegeben, weil man in die Willensbetätigung der einzelnen die Erwartung setzt, daß sie eine sinnvolle und funktionsfähige Ordnung herbeiführt, die ihre Aufgabe besser als jede obrigkeitlich dekretierte Ordnung erfüllt. Eine Lenkung und Kontrolle der im Rahmen der Privatautonomie gesetzten Entscheidung unterbleibt, weil das Gewollte als vernünftig gilt; zur Autonomie der Familienmitglieder: Gernhuber, Familienrecht, S.3 f. und S. 20 f. zu interindividuellen Ehelehren; auch Hartwieg/Rebe, Familienrecht und Familiensoziologie, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.31

(38) BGHZ 18,13 (17); Hübner, FamRZ 62, 3; Bosch, FamRZ 66, 61; allerdings S.62 gegen eine totale Trennung von Institution und Individualismus; Dombois, Kirche und Eherecht, 1974, S. 102; Larenz, JZ 68, 96; Mikat, FamRZ 63, 65; Weinkauff, JZ 68, 15; Der Rat der EKD, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.111; Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, S.110 zeigt auf, daß die Erklärung rechtlicher Institutionen wie der Ehe zum Selbstzweck den politischen Sinn hat, bestehende Zustände der Kritik und Änderung zu entziehen.

(39) vgl. z.B. die Darstellung bei Boehmer,G. Einige Kritische Gedanken zum Gleichberechtigungsgesetz, in: FS Hedemann, S. 33 f.; Beitzke, (Fn 5), S.28, wonach das Grundgesetz die individualistische Ehe verworfen habe; Mikat, FamRZ 70, 334 f. sieht in dem durch die Verfassung gesteckten Rahmen die Notwendigkeit eines Minimums an staatlichem Eingriff und - von Ehe und Familie her gesehen - eines Optimums an Entfaltung ihrer personalen und sozialen Funktionen für sich (aber als Institution); Dölle, Familienrecht, S.52 ff., insbes. S.55 sieht Institutionalismus und Individualismus als 2 Seiten eines einheitlichen Phänomens; auch Müller-Freienfels, (Fn 12), S.70 geht quasi einen Mittelweg: individuelle Beziehung mit überindividuellen Zwecken; Gernhuber, Familienrecht, S. 21 sieht die Ehe als soziale Verhaltensform; Verständigungsschwierigkeiten bestehen hier übrigens auch deshalb, weil "Institution" in verschiedener Bedeutung gebraucht wird; ausführlich zum Ganzen MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr 17;

(40) z.B. Schwind, (Fn 12), S.919; ders., Prinzipien eines europäischen Eherechts, in FS Broda, S.305; Luhmann, (Fn 2), S. 105; Wolf, JZ 67, 660, 750; ders.JZ 70, 443 ff., der zu Recht die institutionelle Eheauffassung für mit den Grundrechten aus Art.1 ff GG unvereinbar hält; die extrem individualistische Auffassung lehnt zwangsläufig überindividuel-

chalischen Sinne, zu beziehen ist, liegt auf der Hand(41). Auch unter dem Aspekt, daß das Grundgesetz nicht nur für heute und jetzt Geltung beansprucht, sondern ja zukunftweisend sein will(42), scheint es bedenklich, in der Auslegung der Verfassung eine bestimmte Eheform zementieren zu wollen. Ehe und Familie müssen in sich veränderbar bleiben, wenn unsere Verfassung noch späterhin Bedeutung haben will(43).

Das heißt im Ergebnis, daß mit dem Ausdruck "Institution Ehe" auch nichts abstrakt absolut Seiendes bezeichnet werden darf, das irgendwo als Hülle unabhängig vom Menschen einfach aus sich heraus existiert, sondern daß die Ehe in Art.6 für die Ehegatten geschützt wird, also für die Menschen, die eine solche Lebensform gewählt haben, und nicht gegen sie. Das heißt des weiteren, daß eine "Ehe", in der auch nur ein Gatte jegliche eheliche Gesinnung verloren hat und alles ablehnt, was gewöhnlich oder in diesem speziellen Falle die Ehe ausmachte, gar keine Ehe mehr und somit weder gegen den Staat noch die Eheleute selbst, noch sonst jemanden zu schützen ist. Eine solche Verbindung hat ihren Sinn für die Ehegatten und nur deshalb auch für die Gesellschaft verloren und fällt gar nicht mehr unter den Schutz des Art.6(43a). Dem steht auch nicht das immer aus Art.6 I abgeleitete Prinzip der Unauflöslichkeit der Ehe entgegen. Will man dieses hier unbedingt verwirklicht sehen, und sieht man gleichzeitig die Ehe als für die Beteiligten geschützt an, so braucht man dies nur als gegen den Staat gerichtetes Verbot anzusehen, eine Ehe aus staatlichen Interessen aufzulösen.

---

le Ehezwecke ab; so auch Huhn, Der Fall Familie, 1977, S.137; nach Simitis, Zur Situation des Familienrechts - Über einige Prämissen, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.39 zeigt sich schon im gegenwärtigen Familienrecht durch die bestimmenden Elemente Gleichberechtigung und Kindeswohl eine zutiefst individualistische Konzeption.

(41) zur Diskussion um Alternativformen vgl. nochmals die Beschreibungen bei Kentler, Die Wohngruppe, in: Ruthe (Hrsg.) Ist die Ehe überholt? S.92 ff.; Kraeling, Wie man in einer Gruppenehe lebt, ebenda, S.104 ff.; Stolte-Adelt, Sechs junge Leute proben die Großfamilie, ebenda, S.111 ff.; R.Ruthe, Gesunde Ehen - gesunde Kinder, ebenda, S.74 ff.; Franke, Hat die monogame Ehe noch Zukunft?, ebenda, S.39 ff.; Saller, Die biologischen Grundlagen, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.62 ff.; König, (Fn 19, S.38ff.; Claessens/Menne, Zur Dynamik der bürgerlichen Familie und ihren möglichen Alternativen, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.338 ff.; Huhn, (Fn 40), S.167 ff.; Lecheler FamRZ 79,1 sieht diese Diskussion als so fortgeschritten an, daß inzwischen Familie extra begründet werden müsse.

(42) Zu diesem gesamten Fragenkomplex Führer, Zs.f.ev.Ethik, [illegible]

d) Nachdem aber schon darauf hingewiesen wurde, daß dieses Verständnis von Art.6 I kein herrschendes ist, wird verständlich, daß immer noch als Problem angesehen wird, inwieweit überhaupt Art.3 II mit Art.6 I vereinbar ist, bzw. ob nicht die Gleichberechtigung der Geschlechter den Grundprinzipien der Ehe entgegenstehe, deshalb dann Art.3 II durch Art.6 I eingeschränkt werden müsse(44).

Die extremsten Positionen dürften wohl hier einmal sein, daß die Gleichberechtigung der Frau vor der Ehe Halt zu machen habe(45) und zum anderen, daß nicht etwa Art.6 I den Art.3 II beschränke, sondern vielmehr Art.6 I aus dem Blickwinkel des Art.3 II zu sehen sei, also das Wesen der Ehe überhaupt nur danach interpretiert werden dürfe, wie sie unter gleichberechtigten Partnern zu verstehen sei(46).

S.90 f., 101; Schwind, (Fn 12), S.922; Luhmann, (Fn 2), Fn 42; Binder-Wehberg, (Fn 10), S.56; Giesen, (Fn 20), S.331

(43) ähnlich Ramm, JZ 68, 91; auch Röhricht, Der evangelische Entwurf der Ehe im 20. Jahrhundert, in: Ruthe (Hrsg.),Ist die Ehe überholt?, S.143; anders Giesen, (Fn 20), S.329

(43a)Nach Just, (Fn 32), S.158 hat Art.6 I GG die intakte Ehe im Auge; auch nach Husserl, Recht und Zeit, 1955, S.39 kann eine Ehe so schwere Substanzverluste erlitten haben, daß sie in Wahrheit tot ist (während eine andere Verbindung die Wesensmerkmale der Ehe aufweisen könne, die der Rechtsform der gültigen Ehe entbehre); vgl. auch Bovet, Ist die Ehe überholt? in: Ruthe (Hrsg.), Ist die Ehe überholt? 1972, S. 12; Röhricht, (Fn 43), S.149;

(44) Hier zeigt sich auch gleich wieder, daß man es so einseitig als Gleichberechtigung nur der Frau nicht sehen darf. Spricht man von Gleichberechtigung der Geschlechter, wie es an sich korrekter ist, scheint gleich die Problemstellung gar nicht so zwingend.

(45) Das ergibt sich z.B. bei Dürig,FamRZ 54,4, 5; ähnlich Bosch, FamRZ 57, 193; Beitzke, (Fn 5), S.15, 33, allerdings hier differenzierte; sehr strikt aber Habscheid, in: Staatslexikon, Sp. 975; Beitzke, (Fn 31), S.211, 228 f., 231 f.; zumindest für § 1355:v.Bernstorff, FamRZ 63, 112; ergibt sich auch aus OLG Karlsruhe, FamRZ 58, 326; auch Lecheler, FamRZ 79, 6 sieht die Gleichberechtigung der Frau in gewisser Weise durch Art.6 I begrenzt. Das BVerfGE, NJW 78, 2289 hält auch grundsätzliche Begrenzungen von Art.3 II durch Art.6 für möglich;

(46) wohl Ridder, (Fn 9), S.230 ff.; Binder-Wehberg, (Fn 10), S. 56 f. und 71 f.; Scheffler, (Fn 8), S.267 ff.; ähnlich schon 1907 Marianne Weber, (Fn 13), S.543 und 546 (von der Grundtendenz her); Gernhuber, Familienrecht, S.31; Ramm, FamRZ 63, 337; vorsichtiger Dölle,Familienrecht, S.35 und ders.JZ 53, 355;er läßt also differenzierende Behandlung zu, "wo unser Verständnis von Ehe und Familie sie verlangt"; vgl. auch - mit leichtem Familienvorrang Giesen, (Fn 3), S.42

Nach Dürig scheitert die Forderung nach Gleichberechtigung, wenn sie auf die "Realen der Verfassungsgebung" stößt, auf die Art. 6 I nicht verzichten kann, wobei er dann aber Voraussetzungen in "die Natur der Ehe" einbringt, die zwar der Gleichberechtigung tatsächlich widersprechen würden, die jedoch in Wirklichkeit für eine Ehe gerade nicht als zwingend anzusehen sind. So beruft er sich z.B. auf die "natürlichen" Aufgabenunterschiede, vor allem aber darauf, daß die letztentscheidliche Autorität in der Ehe nur bei e i n e m Partner liegen könne. Er unterstellt zwar nicht, Art.6 I garantiere die patriarchalische Eheform, was ja auch nicht nachhaltig genug bestritten werden kann, und er will Einschränkungen des Art.3 II nur für Sonderstellungen des Mannes erlauben, die sich aus der Ehestruktur ergeben, wenn er aber in diese angebliche Ehestruktur Voraussetzungen einbaut, die ihr nicht innewohnen, so begrenzt er Art.3 II verfassungswidrig(47).

Ridder erinnert dagegen daran, daß Art.3 II ja gerade in das Grundgesetz aufgenommen worden ist, um im Familien- und Eherecht Abhilfe zu schaffen und dieses den Erfordernissen der Gleichberechtigung anzupassen. Er sagt: "Der Grundgesetzgeber müßte doppelzüngig gewesen sein, wenn er mit Art.6 das wieder genommen hätte, was er mit Art.3 II gab"(48). Er kommt zu Recht zu dem Ergebnis: " D i e Ehe, die Art.6 des Grundgesetzes schützt, ist im innerweltlichen Raum die auf der Gleichberechtigung von Mann und Frau basierende Ehe"(49), sodaß nicht Art.6 I den Art.3 II einschränken kann, sondern vielmehr durch Art.3 II der Inhalt

---

(47) Dürig, FamRZ 54,4; in Maunz-Dürig, Art.3 II, RdNr.6 betont er zwar die wechselseitige Abhängigkeit von Art.3 II und Art.6, aber das Letztentscheidungsrecht ist ihm immer noch Strukturelement der Ehe (RdNr.20); daß eine Autorität nötig ist, nennt er RdNr.25 eine "Seinstatsache".

(48) Ridder, (Fn 9), S.230; er schreibt S.231 sogar, daß das nur im delirium tremens oder einem Schub von Schizophrenie hätte geschehen können, wenn der Grundgesetzgeber Art.3 II durch Art.6 "überhöht" hätte.

(49) Ridder, (Fn 9), S.232; vgl. auch Enquête-Kommission, S.5; Assmann, (Fn 17), S.21 nennt die Abkehr vom patriarchalischen Ehebild durch Art.3 II ein Beispiel dafür, daß der Normbereich der Familie nicht nur sozial, sondern auch rechtlich geordnet und mitgeprägt wird. Also sieht auch er Art.6 I durch Art.3 II bestimmt und nicht umgekehrt, auch S. 31; Hirsch, ZRP 71, 84: die Ehekonzeption des GG sei die von Art.6 i.V.m. Art.2 und 3 II bestimmte partnerschaftliche Gemeinschaft; vgl. auch Scheffler, (Fn 6), S.267, 268 f.; ähnlich Diesen, (Fn 20), S.330; Ramm, JZ 68, 80; Bruckler, Die

des "Wesens der Ehe", die Art.6 I schützt, ermittelt werden muß[50].
Seit Erlaß des Bonner GG muß also Gleichberechtigung letztendlich als Strukturelement der durch Art.6 I geschützten Ehe gewertet werden, sodaß sogar von einer Verletzung des Art.6 I auszugehen ist in bestimmten Fällen, in denen Art.3 II verletzt erscheint.

e) Des weiteren muß noch betont werden, daß auch nicht der Zweck, das Wesen, die Natur der Ehe den Interessen der Ehepartner ohne weiteres vorgeordnet werden dürfen, wie es häufig geschieht. Es soll hier zwar nicht bestritten werden, daß auf die Lebensgemeinschaft der beiden Ehegatten beide auch Rücksichten zu nehmen haben, jedoch steht nicht immer von vornherein fest, daß die Interessen der Ehe Vorrang haben, sondern es muß eine Güterabwägung vorgenommen werden, die durchaus auch zu Gunsten der Interessen des einzelnen Gatten ausschlagen kann. Zu denken ist hier ja auch an Art.2 GG, der die freie Entfaltungsmöglichkeit jedes Menschen sichert, wenn und solange er nicht an höherwertige Schranken stößt, wobei wichtig erscheint zu betontn, daß die Ehe als solche nicht ohne weiteres als eine derartige höherwertige Schranke angesehen werden muß, zumal da es "die Ehe" schlechthin nach dem Gesagten gar nicht gibt, sondern jede Ehe geschützt ist, gleichgültig, wie sie im einzelnen ausgestaltet ist[51].
Nicht bestritten sei auch, daß in der Tat Interessen, z.B. der Allgemeinheit, denkbar sind, die die Gestaltungsfreiheit der Ehegatten, zumindest bei der zur Familie erweiterten Ehe bei aller Privatheit und Individualität einschränken mögen[52], aber grundsätzlich muß jedenfalls der Möglichkeit der individuellen Gestaltung dieses Bereichs alleräußerster Vorrang gewährt werden[53].
In diesem verfassungsrechtlichen Rahmen also hatte sich der Gesetzgeber des 1. EheRG zu bewegen.

---

sonnige Rechtslage, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.68; Leibholz/Rinck zu Art.3, Anm. 32; v.Mangoldt/Klein, Art.6, Anm. III 6 .

(50) so auch das Bundesverfassungsgericht; ausführlich dazu BVerfGE 10, 59 (66 f.,75); ergibt sich auch aus BVerfGE 3, 225 (240) und 6, 398 (422 f.)

(51) vgl. Ramm, JZ 68, 90; zunächst genügt an sich das konstitutive formalistische Element, um den Schutz des Art.6 I herbeizuführen; a.A. Mikat, FamRZ 63, 71: "Die Eheschließung ist ... mehr als nur die Publizierung eines rein privaten Intimbandes..."

2.) Situation der Frau in der Gesellschaft

Es müssen kurz die gesellschaftlichen Gegebenheiten skizziert werden, die der Gesetzgeber im Hinblick auf die Gleichberechtigung vorfand.

a) Grundsätzliche Schwierigkeiten

Ganz offensichtlich besteht zwischen unserer insoweit wirklich progressiven Verfassung und der sozialen Wirklichkeit eine ganz deutliche, geradezu erschreckende Diskrepanz, was sich in sämtlichen Bereichen der Gesellschaft auswirkt(54). Es deutet sich hier bereits die Schwierigkeit an, zwischen Recht und Gesellschaft zu vermitteln, Kongruenz herzustellen, wobei sich das Verhältnis von Recht und Gesellschaft sehr unterschiedlich gestaltet(55). So sind Fälle denkbar, wo die rechtliche Regelung dem Bewußtsein der Bevölkerung "nachhinkt"(56), die Werte und Gedanken des Bonner Grundgesetzes aber eilen dem Bewußtsein der Gesellschaft voraus. Wenn man einmal davon absieht, daß in einer pluralistischen Gesellschaft wie der unseren ohnehin nicht von einheitlichen Werten, Moralauffassungen und Gesinnungen ausgegangen werden kann, so ist dennoch nicht zu übersehen, daß jedenfalls die Verfassungsaufträge(57) doch für die erschreckend große Mehrzahl der

---

(52) vgl. bei Schwind, (Fn 12), S.921: eugenische Interessen der Allgemeinheit.

(53) Schwind, (Fn 12), S.922 hält übrigens die Institution Ehe bereits für so gefährdet, daß er für größtmögliche Freiheit plädiert, um sie überhaupt zu retten.

(54) vgl. z.B. Schnapp, JR 74, 320; Enquête-Kommission, S.5; Hervé, Blätter 76, 576; König, (Fn 19), S.18; Pieper/Pieper, (Fn 35), S.38; Plat, Die Familie in der DDR, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.376; zu diesem Problem auch de Beauvoir, Das andere Geschlecht, 1968, S.96 f., 143, 147; Giesen, (Fn 20), S.313; ders., (Fn 3), sieht die Diskrepanz schon zwischen Recht (allgemein) und sozialer Wirklichkeit; vgl. auch Tourneau, Jenseits des Rechts, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.7; Heinsohn/Knieper , (Fn 34), S. 35 zu Gründen dieser Diskrepanz

(55) vgl. Maihofer, Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft, in: Das Rechtswesen, S.52; Müller-Freienfels , (Fn 12), S.48

(56) Als Beispiel wird hier immer der Zustand genannt, als die Verlobtenkuppelei noch strafbar war, während sie in der Bevölkerung längst nicht mehr als Unrecht angesehen wurde.

(57) "Im engeren technischen Sinn werden unter Verfassungsaufträgen nur an den Gesetzgeber gerichtete Handlungsgebote ver-

Bevölkerung - bei allen Unterschiedlichkeiten der Bewertung - zu progressiv sind[58].
Und gerade die Gleichberechtigung der Geschlechter ist in der Verfassung und fast der gesamten Rechtsordnung inzwischen formuliert[59], die Ungleichberechtigung ist aber so fest im Bewußtsein der Bevölkerung verankert, das Verhältnis der Geschlechter durch Vorurteile, Vorverständnisse, Verhaltensmuster geprägt und durch Arbeitsteilung und verschiedene Produktionsweisen entwikkelt und so verfestigt[60], daß die Diskriminierung der Frau[61] beinahe logisch und die Gleichberechtigung der Geschlechter nicht mehr machbar erscheint[62].
Dahrendorf macht jedoch klar: "Natürlich ist Gleichheit vor dem Gesetz und gleiches Wahlrecht, sind gleiche Erziehungschancen und andere konkrete Gleichheiten möglich und auch wirklich"[63],

---

standen, die ihn zu einem in der Einzelausgestaltung freien Erlaß bestimmter Gesetze verpflichten", Assmann, (Fn 17), S.25, nach Kalkbrenner, DÖV 63, 42 f. m.w.N.; auch Gebot der optimalen Verwirklichung der normativen Verfassung, ebenda.

(58) Maihofer schreibt, "daß das Recht 'weiter' ist als die Gesellschaft, wie wir etwa für das in einem lichten Augenblick unserer Geschichte geborene Grundgesetz unserer Bundesrepublik Deutschland insgesamt, im Verhältnis zu der weithin noch in einer 'vorkonstitutionellen' Bewußtseinsverfassung: des früheren Obrigkeitsstaates befangenen und verharrenden Bevölkerung feststellen müssen...", (Fn 55), S.53; er führt dies noch weiter aus.

(59) Pross, Die Männer, 1978, S.30: "Recht und Gesetz sind im wesentlichen geschlechtsneutral oder geschlechtsindifferent. Nicht neutral oder indifferent gegenüber dem Geschlecht sind dagegen die vor- und nebengesetzlichen Wertvorstellungen".

(60) vgl. z.B. Schnapp, JR 74, 316 u.v.a.m.; sehr interessant und überzeugend die Entwicklungsgeschichte von Elaine Morgan, Der Mythos vom schwachen Geschlecht. Wie die Frauen wurden, was sie sind, 1975, insbes. S.141 ff.; vgl. zu dieser Entwicklung Menschik, Gleichberechtigung oder Emanzipation, 1976, S.18 ff.; Dahrendorf, Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen, 1961, S.13 ff.; vgl. auch die Zusammenstellung über Äußerungen der Minderwertigkeit der Frau in der antiken Literatur bei Busse, Ave Eva, in: Rotzoll, (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.105 ff.; auch bei de Beauvoir, (Fn 54), S.15; dort überhaupt das ganze erste Buch lesenswert zu dieser Thematik, S. 25 ff. die Herleitung dieser Ungleichheit durch die Philosophen.

(61) zum Problem der Diskriminierung, gar Stigmatisierung, der Stereotype und Vorurteile, Lautmann, Abbau von Vorurteilen durch Gesetze, in: Jb f.Rth u.Rsoz III, S.188 ff., oder zur "Statusrolle" Pross, (Fn 59), S.23; Kaiser, Die überwältigende Verlegenheit, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S. 147 vergleicht sogar - nicht ganz zu unrecht - Gespräche zwischen Mann und Frau über die Frauenfrage mit

und als solch eine konkrete Gleichheit ist die unter den Geschlechtern anzusehen, weil sich hier die Ungleichheit nicht aus rechtlichen Sanktionen, Normen und Wertungen zwingend ergibt, sondern aus lediglich traditionsbestimmten Rollenfestschreibungen, aus überlieferten Verhaltensmustern, die abzubauen nicht nur notwendig, sondern auf lange Sicht auch möglich ist.
Offenbar wird aber durch die rechtliche Gleichberechtigung die tatsächliche Gleichstellung der Frau mit dem Mann nicht garantiert, sondern lediglich nicht mehr verboten(64). Der nötige Freiraum, eine Voraussetzung für die Veränderung, ist durch die Verfassung und entsprechende einfache Gesetze geschaffen, aber die Veränderung vollzieht sich kaum spürbar.

Gesprächen zwischen Juden und Nichtjuden über Antisemitismus Das zeigt deutlich den Grad der Diskriminierung der Frau; de Beauvoir, (Fn 54), S. 15, 290 zieht Analogien zwischen der Situation der Frauen und der Schwarzen; vgl.auch Jochimsen, Frauen in der Bundesrepublik: die Mehrheit, die sich wie eine Minderheit verhält, in: Kursbuch 17,69,S.91 f. und Theweleit, Männerphantasien, Bd.1, 1977, S.87

(62) Es ist ja nicht nur schwer, Gleichberechtigung durchzusetzen gegen die Menschen, di e derartige Meinungen und Verständnisse aus Überzeugung beibehalten, sondern auch mit denen, die etwas ändern wollen, weil sie im Erlernten verhaftet sind. Dahrendorf, (Fn 60), führt aus, daß es Ungleichheit gibt, weil es Recht gibt, S.22, daß Sanktionen - neben ihrer Aufgabe, normgemäßes Verhalten zu garantieren- gleichsam unbeabsichtigt eine Rangordnung von Ehre und Reichtum erzeugen, S.23. Er sagt: "Wenn es richtig ist, daß die Ungleichheit unter den Menschen aus dem Begriff der Gesellschaft als moralischer Gesellschaft folgt, dann kann es in der Welt unserer Erfahrung ein Gesellschaft völlig Gleicher nicht geben", S.30; interessant hierzu auch Theweleit, (Fn 61), S. 385, wo er ausführt, daß die Ungleichheit in der Mann/Frau - Beziehung aufrechterhalten wurde, weil diese eines der Fundamente der besseren Beherrschbarkeit des Volkes darstelle, auch S. 475.

(63) Dahrendorf, (Fn 60), S.30; Riehl, Die Familie, S.3 schreibt noch: "Indem aber Gott der Herr Mann und Weib schuf, hat er die Ungleichheit und die Abhängigkeit als eine Grundbedingung aller menschlichen Entwicklung gesetzt".

(64) Menschik, Blätter 76, 574; ähnlich Gründler, (Fn 49), S.79; König,Alte Probleme und neue Fragen in der Familiensoziologie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.137: "Selbst bei rechtlicher Möglichkeit muß sich eine Institution nicht entwickeln" ; so sagt schon Lenin: "Es ist ein weiter Weg von der Gleichheit durch das Gesetz zur Gleichheit im Leben", zit. nach Bronska-Pampuch, Ergebnisse bei den Marxisten, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.120; auch Heinsohn/Knieper, (Fn 34), S.145 führen aus, daß die juristische Gleichberechtigung den Frauen nur das Terrain vorbereitet, auf dem sie kämpfen können.

Die Problematik wird dadurch verschärft, daß sie teilweise nicht mehr als solche gesehen wird(65) . Sie wird damit zugedeckt, wie gut es den Frauen im Vergleich zu früheren Jahrhunderten heute schon gehe etc., und wer sich in dem Glauben findet, das Ziel schon erreicht zu haben, arbeitet logischerweise nicht mehr für dessen Herbeiführung.
In der Tat ist es gar nicht immer einfach, sich die Gesamtsituation zu verdeutlichen. Gerade diejenigen, die für Gleichberechtigung eintreten wollen, haben sie für sich selbst meist wirklich schon in weiten Zügen erreicht, und dann fällt es schwer, die Lage derer zu ermessen, für die sie noch kaum ein Schlagwort ist(66). Die Hauptschwierigkeit aber, die zu der Diskrepanz zwischen Verfassungsauftrag und sozialer Wirklichkeit führt, ist eben doch die Tatsache, daß jeder einzelne Mensch, und sei es der Kritischste und Aufgeschlossenste, im überlieferten Rollenverständnis verhaftet ist und diese Konstellation auch wieder auf die nächste Generation überträgt, weil die gesamte Sozialisation von überkommenen Verhaltensmustern geprägt wird. So wird z.B. vom Säuglingsalter an durch grundsätzlich unterschiedliche Erziehung von Jungen und Mädchen auch in der Schule, durch entsprechende Lernmittel und Lehrpläne überliefertes Rollenverhalten vermittelt und eingeübt, es werden Rollenverständnisse fixiert(67),von

---

(65) Gernhuber, Familienrecht, S.44: "... die Gleichberechtigung der Frau ist dem Grundsatz nach kein Problem mehr", oder Dölle, Familienrecht, S.20 :"Aus patriarchalischer Über- u. Unterordnung wurde gleichberechtigte Partnerschaft", etc.

(66) vgl. hierzu Pizzey, Schrei leise, 1978, S.171; Hervé, Blätter 76, 576;

(67) vgl. hierzu die Enquête-Kommission, S.7 f.; Schnapp,JR 74, 319; Pross, (Fn 59), S.28; de Beauvoir, (Fn 54), S.14; Jochimsen, (Fn 61), S.92; nicht nur Lehrpläne und schulische Lerninhalte prägen diese Sozialisation, sondern z.B. auch Beiträge in den Medien oder auch bestimmte Verhaltensmaßregeln (so gibt es z.B. ein Lehrbuch für Polizisten, in dem eine bestimmte Vernehmungstechnik für Frauen angewiesen wird die auf deren "typischen Eigenschaften beruht", worüber Wiltrud Wehner-Davon in Brigitte 21/77, S.254 berichtet); die geschlechtsspezifische Sozialisation beginnt schon im Säuglingsalter, vgl. Scheu, Wir werden nicht als Mädchen geboren - wir werden dazu gemacht, 1978, S.62; vgl. zum Frauenbild in der Literatur nochmals Theveleit, (Fn 61), S.346 ff. 358 f. deckt er den Zusammenhang auf zwischen der Verwendung des Weiblichen zur Darstellung und Benennung von Naturerscheinungen und der Unterdrückung der Frau durch den Mann, und zwar Unterdrückung durch Überhöhung, Entgrenzung, Entpersönlichung; vgl. auch Röper/Röper, FamRZ 76, 513; Morgan, (Fn 60), S.198; Scheu s.o., S.10, 50, 78: "Die männliche Rolle ist die Norm, die weibliche wird immer nur in Rela-

denen sich sowohl Männer als auch Frauen kaum befreien können[68], denn wie Marcuse sagt, "durch den jahrelangen Prozeß sozialer Konditionierung (sind) Männern wie Frauen die "typisch" männlichen bzw. weiblichen Eigenschaften zur "zweiten Natur" geworden, also haben die geschlechtsspezifischen Rollenverhalten unabhängig von physiologischen Unterschieden beider Geschlechter durch permanente gesellschaftliche Bestätigung eine Eigendynamik erhalten[69].
Die Schwierigkeit für den Gesetzgeber, diese Eigendynamik zu durchbrechen, ist offensichtlich.

b) Die Frau im Berufsleben und in der Familie

Hier mag es genügen, an einige Mißstände zu erinnern, im übrigen auf eine ungeheure Literaturfülle zu derartigen Problemen zu verweisen.

ba) Al erstes seien aber nicht die Benachteiligungen der Frau, sondern die sog. Vorzüge und Bevorzugungen genannt, auf die sich viele Autoren immer wieder berufen.
So wird z.B. Unverständnis gezeigt für weibliche Berufswünsche, wo man doch im Haushalt sein eigener Herr und überdies durch die Ehe finanziell versorg sei[70]. Daß merkwürdigerweise dennoch keinem Mann diese Tätigkeit erstrebenswert erscheint,zeigt deutlich, daß es mit den Vorzügen nicht so weit her sein kann[71].
In Wirklichkeit wird durch Berufstätigkeit eine bessere Entfaltung der Persönlichkeit zumindest ermöglicht[72], dies aber wird für die Frau unterschlagen.

---

tion zu ihr gemessen. Sie ist also nicht nur anders, sondern real minderwertig; vgl. zu allem auch Huhn, Der Fall Familie, 1977, S.27

(68) Zwei Drittel aller Frauen halten an der traditionellen Ernährerrolle des Mannes fest und halten eine eigene qualifizierte Berufsausbildung für zweitrangig; vgl. Waller-Döhner/Kulms/Höh, Soziologie der Scheidung, in: Kühn/Toureneau, Familienrechtsreform..., S. 85; auch Giesen, Aktuelle Probleme einer Reform des Scheidungsrechts, 1971, S.25; s.auch bei Säcker, 50.DJT, S.L12

(69) Marcuse, Marxismus und Feminismus, in: "links" Nr.59, 1974, S. 18 f.; ähnlich auch Richter, Konflikte und Krankheiten der Frau, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S. 299 f.; dies führt auch zu schweren psychologischen Problemen (Identitätskrise), vgl. Firkel, Die selbstbewußte Frau, 1976, S. 61 et passim

Der fehlende Wehrdienst wird als Bevorzugung der Frau gewertet[73], ebenso die höhere Lebenserwartung der Frauen, die gemeinhin auf den geringeren Berufsstreß zurückgeführt wird;[74] vor allem besteht vielfach die Auffassung, die Frau habe doch auch in bürgerlich-patriarchalischer Zeit häufig eine "sanfte Priorität" besessen. Auch dieser "Vorteil" entpuppt sich als Nachteile: "die Frau möchte nicht nur faktische Dominanz haben, sondern bei sich und anderen auch ein Bewußtsein davon"[75]. Als Bevorzugung wird weiterhin gewertet, daß Frauen von bestimmten besonders harten Berufen und Beschäftigungen ausgeschlossen werden, also die sog. Frauenschutzgesetzgebung. Auch hier liegt aber in Wirklichkeit eine Benachteiligung vor, denn Schnapp

---

(70) vgl. z.B. Dieckmann, Unterhalts- und versorgungsrechtliche Betrachtungen zur Reform des Scheidungsrechts, in: FS Bosch, S.121; Bosch, FamRZ 77, 571; Beitzke, (Fn 5), S.28 f.; vgl. die stichhaltige Argumentation hiergegen bei Gründler, (Fn 49), S.78

(71) Warum für die Frau erstrebenswert sein soll, auf Außenkontakte und Verantwortung im gesellschaftlichen Leben zu verzichten, bleibt offen, und daß eine Frau ihren Beruf lieben soll, scheint offenbar undenkbar. Es wird vielmehr immer wieder betont, daß die berufstätigen Frauen dies nur sind, weil sie zum Unterhalt der Familie beitragen oder ihren eigenen bestreiten m ü s s e n, z.B. Giesen, (Fn 20), S.311; ders., (Fn 3), S.11; dies trifft sicher meist zu, entspricht aber bei den Männern einer gleichen Situation. Auch sie arbeiten vielfach stumpfsinnig und ohne Erfüllung im Beruf, nur um Geld zu verdienen; vgl. auch Firkel, (Fn 69), S.70

(72) ähnlich z.B. BVerfGE 7, 377 (397); 13, 97 (104 f.); 32, 54 (71); vgl. auch Scheffler,Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft im Wandel der Rechtsordnung seit 1918,1970, S.30

(73) z.B. Ramm, JZ 68, 42; zu den Vorteilen der Frauenschutzgesetzgebung allgemein: Beitzke, (Fn 5), S.21 f.; der fehlende Wehrdienst wäre faktisch gar nicht zwingend, ist allerdigs für uns verfassungsrechtlich geboten (Art.12a IV GG). Man könnte dies aber als Ausgleich für die Belastungen der Schwangerschaft bei der Frau werten, wenn man daran schon festhalten will.

(74) diese ist längst nicht mehr durchgängig gegeben; vgl. die Statistik bei der Enquête-Kommission, S.35; übrigens meldete 1973 die UNO, die Sterblichkeit der doppelbelasteten Frau läge in den Industrieländern neuerdings fünf Jahre unter der der Männer. Deutsche Frauen mit Haushalt und Beruf sterben noch früher, nämlich sieben Jahre vor ihren Männern (Süddeutsche Zeitung unter Berufung auf Zahlen der Bundesversicherungsanstalt); Schwarzer, Der "kleine Unterschied" und seine großen Folgen, 1977, S.213;

(75) Claessens/Menne, (Fn 41), S.332; de Beauvoir, (Fn 54), S.145 zu dieser "Priorität" auch bei Theweleit, (Fn 61), S.422 f.; ein Dr. Johnson schrieb im 18.Jahrhundert: "Die Natur hat

stellt zurecht fest, daß diese Beschäftigungsverbote gegen Art. 3 II verstoßen, schon allein, weil es d e n M a n n oder d i e F r a u nicht gibt(76).
Insgesamt stellt sich heraus, daß mit dem Argument, es gehe den Frauen ja gar nicht so schlecht, ihr "Frausein" bringe ihnen auch einige Vorteile, Gleichberechtigung effektiv verhindert wird(77). Diese sog. Vorzüge sollen kleine Leckerbissen sein, um die sonstige Unterdrückung zu verzuckern.

bb) Die effektiven Benachteiligungen der Frauen zeigen sich besondersdeutlich am zahlenmäßigen Verhältnis der Männer und Frauen in der bundesdeutschen Bevölkerung.
Von insgesamt 61 645 000 Einwohnern in der Bundesrepublik waren Ende 1975 32 263 000 Frauen, also 52,3 %, somit die Mehrheit(78). Von daher müßten nach demokratischen Grundsätzen in sämtlichen Gremien die Frauen auch mehrheitlich vertreten sein. Wie ganz anders sieht aber die tatsächliche Situation aus !
Die unterschiedliche gesellschaftliche Präsenz wird schon an den Beschäftigungszahlen deutlich: Insgesamt waren erwerbstätig im Mai 1975(79): 26 Mio Menschen, davon
Frauen: 9,6 Mio = 37, 1 %
Männer: 16,3 Mio = 62, 9 %
Also nur etwa ein Drittel aller Erwerbstätigen sind Frauen, denn die Berufstätigkeit der Frau wird vorwiegend als vorübergehend oder Mitarbeit etc. qualifiziert, als Überbrückung der Wartezeit bis zur Eheschließung. Das verschlechtert die gesamte Situation der Frau im Berufsleben(80).

---

den Frauen soviel Macht verliehen, daß das Gesetz ihnen klugerweise sehr wenig belassen hat", zit. nach v. Einsiedel, Enzyklopädisches Stichwort, in: Mead, Mann und Weib, S.267

(76) Schnapp, JR 74, 319; a.A. für Arbeitsschutzbestimmungen Gernhuber, Familienrecht, S.47

(77) vgl. zu diesem Trick, der die Unterdrückung bemäntelt, de Beauvoir, (Fn 54), S.671

(78) vgl. Enquête-Kommission, S.34; zu den Daten bezüglich des Familienstandes der Frauen, dann auch in bezug auf ihre Erwerbstätigkeit vgl. Die Frau in Familie, Beruf und Gesellschaft, 1975; insgesamt zur Veränderung der Berufssituation der Frauen: Pieper/Pieper (Fn 35), S.41 ff.; ausführliches Zahlenmaterial zum gesamten Bereich auch bei Giesen, (Fn 3 . S.9 ff.; auch im DisKE, S.73 ff.; insbes.Statistisches Jahrbuch 1976 und 1977

(79) Enquête-Kommission, S.41; ausführliches Zahlenmaterial zur Stellung der berufstätigen Frau auch bei Löwisch, 50.DJT. S. D 15 ff.

Wegen der durchgängig schlechteren Ausbildung, der kürzeren Gesamtarbeitszeit und Berufs- oder Betriebszugehörigkeit sowie der Einstufung in Leichtlohngruppen werden Frauen extrem niedriger bezahlt(81), was nur vordergründig durch die hier angegebenen und meist dafür zitierten Gründe gerechtfertigt erscheint, denn diese Begründungen sind nur zutreffend, weil die Frauen auf Grund ihrer Unterdrückung die Voraussetzungen dafür geschaffen haben.
Überdies sind Frauen im Beruf schlechter angesehen - durch Männer und durch Frauen selbst(82); daß eine Frau in gehobener Position das"Dreifache"leisten muß, um überhaupt anerkannt zu werden, ist inzwischen beinahe schon ein geflügeltes Wort - Konsequenzen werden daraus aber nicht gezogen.
Der Arbeitsplatz der weiblichen Arbeiterin ist der gefährdetste. 1976 waren 37 % der Arbeitskräfte Frauen, aber 52 % der Arbeitslosen, ganz abgesehen von der sicher enorm hohen Dunkelziffer(83).
Ein weiteres Spezifikum der Arbeitssituation der Frau ist die Konzentration der Frauen auf vergleichsweise wenige Berufe und Wirtschaftszweige(84). Man kann geradezu von einem geschlechtsspezifischen Arbeitsmarkt sprechen, auf dem für Tätigkeiten, die von Männern oder Frauen in gleicher Weise ausgeübt werden könnten, nur Männer oder nur Frauen gesucht werden(85).

---

(80) vgl. bei Pfeil, Familiengründung und Vorstellungen vom Familienleben, in: Simitis/Zenz, Seminar...,S.234 et passim; Plat, (Fn 54), S.377; Scheu, (Fn 67), S.101; Hammer, Töchter und Mütter, 1978, S.11; zu den Schwierigkeiten der Wiedereingliederung in den Beruf z.B. Giesen, (Fn 68), S.28

(81) Enquête-Kommission, S.5, 6, 12, 36, 39; bei Giesen, (Fn 20), S.311 und 312; v.Holt, Blätter 76, 579; und Giesen, (Fn 3), S.13 ; erinnert sei auch an die schlechte Ausbildungssituation. Seit 1971 liegt der Anteil an den sog. Ungelernten bei den Mädchen gleichbleibend bei 70 %, vgl. bei Tourneau, Jenseits des Rechts, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S. 13; es ist wirklich ein Skandal, daß die beinahe 10 Mio. Frauen, die berufstätig sind, ein Drittel des Bruttosozialprodukts erarbeiten und erwirtschaften, sich aber dann mit nur einem Viertel der Gesamtlohnsumme begnügen müssen.

(82) in jeder Hinsicht fehlt es hier am Vertrauen in das eigene Geschlecht, vgl. zum Ganzen Scheffler, (Fn 72), S.30 f.; bei Mead, Mann und Weib, gek.Ausgabe 1977, S.216 noch die psychologischen Probleme der "Frau mit Karriere"

(83) Menschik, Blätter 76, 574; Tourneau, (Fn 81), S.14; hier paßt das Schlagwort von der industriellen Reservearmee

(84) Enquête-Kommission, S.11, 38, wobei diese Berufe meist undankbar und schlecht bezahlt sind, de Beauvoir, (Fn 54), S. 403; Scheu, (Fn 67),"Bestenfalls dürfen sie Krankenschwester oder Sekretärin werden - das sind die beruflichen Pendants zur häuslichen Funktion der Mutter und Ehefrau", S.102

bc) Aber auch die Situation der sog. "Nur-Hausfrau"(86) ist bedenklich. Der "Beruf" Hausfrau soll ja einem außerhäuslichen Beruf gleichstehen, um eine echte Wahlmöglichkeit zu schaffen zwischen den verschiedenen Tätigkeiten(87).
Noch ganz abgesehen davon, ob dies überhaupt wünschenswert erscheint, kann jedenfalls von einer tatsächlichen Gleichstellung dieser Berufe im Moment keine Rede sein.
Die Hausfrau wird für ihre Arbeit nicht bezahlt, obwohl in der Bundesrepublik schätzungsweise 50 Mrd. Arbeitsstunden jährlich von Hausfrauen im Haushalt geleistet werden(88), wobei es sich überdies um Arbeiten handelt, die ökonomisch von großer Bedeutung sind(89).

---

(85) darüber ein Bericht von Helge Pross in "Brigitte" 21/77,S. 278; hierzu auch Tourneau, (Fn 81), S.13; in anderen Ländern, z.B. Großbritannien, wird gegen solche Methoden wirksam vorgegangen. Die Humanistische Union fordert, zu diesem Problem ein Antidiskriminierungsgesetz; vgl. "Vorwärts" 46/ 77, S.14

(86) das "nur" stellt keine Wertung dar, sondern bedeutet lediglich die Beschränkung auf ausschließlich häusliche Tätigkeit; Giesen , (Fn 3), S.37 will allerdings den Eindruck erwecken, als sein eine Minderbewertung dadurch ausgedrückt; übrigens leitet Huhn, (Fn 40), S.22 f. aus der gesellschaftlichen Benachteiligung der Frau ab, daß Ehe und Familie ohne Alternative seien, da den Frauen darin verantwortungsvollere Aufgaben zukämen als außerhalb derselben.

(87) Enquête-Kommission, S.5; Giesen, (Fn 20), S.320, der seiner Sorge Ausdruck verleiht, es könne die Erwerbstätigkeit der Frau zu sehr festgeschrieben werden; v.Maydell, FamRZ 77,173; Gitter, FamRZ 74, 233 ff.; vgl. aber Schwarzer, (Fn 74), S. 216: "Hausfrauen werden inihrem Selbstwertgefühl nur gestärkt... Das hält die Ketten kurz und verhindert allzu kühne weibliche Ausflüge in männliche Domänen".BVerfG,FamRZ 78, 873

(88) Die Zahl wurde errechnet von der Deutschen Gesellschaft für Ernährung e.V. in Frankfurt, vgl. Neises, Zs.f. Sozialhilfe 75, 309; auch Pross, Die Wirklichkeit der Hausfrau, 1974, S.14; OLG Oldenburg (Az U 36/76) entschied in einer Schadensersatzklage, daß der "Wert" der Hausfrauenarbeit DM 1425.-- pro Monat beträgt; (Tarifvertrag der Haushaltstätigen + Sozialleistungen)

(89) z.B. Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten sowie zahlreiche Dienstleistungen); vgl. die Beispiele bei Planck, Die Landfamilie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Claessens/ Milhoffer, Familiensoziologie, S.181; de Beauvoir, (Fn 54), S. 428, 430 sagt allerdings: "Ständig auf der Stelle tretend verbraucht sich die Hausfrau. Sie bringt nichts vor sich. Sie verewigt nur die Gegenwart".
Bedenkt man, daß diese eine Hälfte der gesamtgesellschaftlichen Arbeit, die Hausarbeit, fast ausschließlich von Frauen gemacht wird, und daß Frauen außerdem ein Drittel der Berufsarbeit leisten, so bedeutet das: In der BRD leisten Frauen zwei Drittel der gesamtgesellschaftlichen Arbeit,

Daneben stellt der Beruf Hausfrau eine grundsätzliche Überforderung dar, denn eine solche Frau ist gleichzeitig Erzieherin, Krankenschwester, Köchin, Putzfrau, Schneiderin, Wäscherin, Haushälterin, Geliebte und Gesellschafterin.
Die Bezahlung dieser Arbeit ist praktisch dadurch verhindert worden, daß sie durch die gesetzliche Regelung im GlBerG als Unterhaltsleistung zum Familienunterhalt definiert wurde(90). Daraus ergibt sich in der Folge, daß die Hausfrau jeglicher eigener sozialer Sicherheit entbehrt, ihre sämtlichen Ansprüche gegenüber Kranken- und Unfallversicherung, sowie Renten- und sonstige Ansprüche nur vom Manne abgeleitet sind(91), denn hierbei wird immer an den Arbeitnehmerstatus angeknüpft, den eine "Nur-Hausfrau" aus verschiedenen Gründen nicht innehat(92). Selbst der soziale Status wird durch den Mann bestimmt(93).
Also stellt es sich geradezu als abwegig heraus, in der momentanen Situation die Hausfrauentätigkeit als Beruf zu fingieren(94).

Männer nur ein Drittel. Frauen arbeiten also doppelt soviel wie Männer, vgl. Schwarzer, (Fn 74), S.212 f.; auch Scheu, (Fn 67), S.10

(90) Typisch ist, daß konservative Autoren diesen Zustand ausdrücklich aufrechterhalten wollen, vgl. Geiger, FamRZ 73, 228; wenn solche Leute die Diskriminierung der Hausfrau beweinen, ist ihnen der Vorwurf zu machen, daß sie den Wert der Hausfrauentätigkeit nur anheben wollen, um die Unterdrückung zu perpetuieren. Durch die Umstrukturierung Gleichberechtigung = Gleichverpflichtung, aber die Frau erfüllt diese Pflicht mit ihrer Hausarbeit, hat sich die sozialversicherungsrechtliche Lage der Hausfrau entgegen Bogs,NJW 68, 1650 eher verschärft: sie ist zur Arbeit verpflichtet und hat keine eigenen Rechte.

(91) Neises, Zs.f. Sozialhilfe 75, 308 f.; Enquête-Kommission, S. 15 ff.; insbes. Gitter, FamRZ 74, 233 ff.; Sozialenquête, Bd.1, S.31; Bogs, Neues Eherecht und Sozialversicherung, in: ders. (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.100 f.; Pross, (Fn 88), S.120; Simitis, ZRP 71, 44; Leudesdorff, Die Zukunft der Ehe- die Ehe der Zukunft, in: Ruthe (Hrsg.), Ist die Ehe überholt? 1972, S.24; v.Maydell, FamRZ 77, 173; Giesen, (Fn 3), S.13; auch kritisiert von den weiblichen Abgeordneten der SPD-Bundestagsfraktion in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.172 f., die hier einen Widerspruch gegen gleichberechtigte Partnerschaft in der Ehe sehen.

(92) Gitter, FamRZ 74, 233; die Leistung der Hausfrau und Mutter bleibt sozialrechtlich außer Betracht, vgl. Giesen, (Fn 63), S.22; Arbeitnehmerrechte fehlen der Hausfrau, vgl. Lange, FamRZ 71, 483

(93) Wurzbacher, Leitbilder gegenwärtigen deutschen Familienlebens, 4. Aufl.,1969, Vorwort; vgl. auch Richter, (Fn 69), S.302; Friedan, Der Weiblichkeitswahn oder die Selbstbefreiung der Frau, 1970, spricht vom "stellvertretend leben".

bd) Wiederum läßt sich das leicht daran zeigen, daß es so wenige "Hausmänner" gibt. Finden sich doch die wenigsten bereit, überhaupt im Haushalt mitzuhelfen(95), wenn die Frau auch berufstätig ist, was zu einer extremen Benachteiligung der erwerbstätigen Frau führt, nämlich ihrer Doppelbelastung durch Beruf und Haushalt, die auch allenthalben bekannt ist(96), die aber, statt für ihre Aufhebung zu kämpfen, unter dem Stichwort "Job plus rationalisierter Haushalt" geradezu flott und managerhaft dargestellt wird, die davon betroffenen Frauen aber zweifellos ständig überfordert.

Bei dieser Beanspruchung der Frauen betont merkwürdigerweise niemand ihre schwächere Konstitution, während diese ja sonst zur Begründung aller möglichen unterschiedlichen Behandlungen herhalten muß(97). Solche "Erkenntnisse" werden lediglich dazu mißbe-

---

Als "abgeleitet" wird sogar das Verhalten der Frau angegeben, nämlich abgeleitet von der Norm "männlich", zum Beispiel bei Jochimsen, (Fn 61), S.93; vgl. auch Giesen, (Fn 68), S. 22; ausführlich zu der allg. Abhängigkeit der Frau vom Mann, nicht nur finanziell, sondern auch sozial und bewußtseinsmäßig: Waller-Döhner/Kulms/Höh, (Fn 68), S.86, 89 ff.

(94) Und neben technischen Voraussetzungen beeinträchtigen auch psychologische Hemmnisse die Wahlmöglichkeit, vgl. Dahlström, Familie und Arbeit der Ehefrau, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.223, 225; auch die Arbeitsmarktlage verbiete, von Wahlmöglichkeit zu sprechen, Ries, Neue Gesellschaft 75, 735; z.B. geht auch der RA Ev.Frauenarbeit in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.112 f. ganz klar von der Verantwortung des Ehemannes zur Familienversorgung aus, was ja die wirkliche Sachlage auch klarmacht; vgl. zu dieser "Wahlfreiheit" in ihrer Realität auch Hiller/Knake, Neue Gesellschaft 75, 741 f., S.742: die Gleichwertigkeit von Berufsarbeit und Hausarbeit ist nicht zu erreichen, sodaß die Forderung danach bestens geeignet ist, überkommene Familienstrukturen festzuschreiben; vgl. aber wieder BVerfG, FamRZ 78, 871.

(95) Daß jedoch leichte Tendenzen zur Veränderung dieser Zustände zu verzeichnen sind, soll nicht unterschlagen werden; allerdings hat sich bei Veränderung bestimmter Verhaltensmuster noch kein Bewußtsein geändert. Zwar würde ein Satz wie dieser "Jede Kultur ist mit der Emanzipation der Frau erledigt" (Delmar, Französische Frauen, 1925, S.22) heute wohl nicht mehr geäußert werden, aber der Haushalt ist allerhöchstens "Übungsfeld" für Gleichberechtigung.
vgl. de Beauvoir, (Fn 54), S.264, 472,: das männliche Prestige ruhe noch auf festen wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen; zum Ganzen auch Pieper/Pieper, (Fn 35), S.28 ff., 34 f., 46 und 75; dort S.30 zum sog. "Unterschichtenmatriarchat" ähnlich bei Pfeil, Die Großstadtfamilie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.162; dies.(Fn 80), S.233; zu den neuen Tendenzen auch Planck, (Fn 69), S.199, 201, aber auch dort wird das Übergewicht der Mannesseite klar; so auch bei Richter (Fn 69),S.304

braucht, die Frauen auf "typisch weibliche" Tätigkeiten festzunageln, z.B. durch Betonung ihrer Monotonieresistenz und Neigung zu Haushalts- und Familientätigkeit(98).
Besonders belastet ist also die berufstätige Ehefrau.

be) Erinnert sei noch an die lächerlich geringe Repräsentanz der Frauen in öffentlichen Gremien, in Parteien oder gar Parlamenten(99), auch diese im Rollenverständnis der Frauen begründet, das sich wiederum aus dem der Männer ergibt, im mangelnden Vertrauen zur eigenen Persönlichkeit, das aufgrund der völlig verfehlten Erziehungsmethoden sich kaum entwickeln kann, bzw. von

---

(96) Enquête-Kommission, S.5; Kramer, Zentralbl.f.Jugendrecht u. Jugendwohlfahrt, 1975, S.383; Menschik, Blätter 76, 574; vgl. auch Wenzel, in: Staat und Recht 75, 951 für die DDR; die Doppelbelastung kritisiert sogar Giesen, (Fn 3), S.10 und ders., FamRZ 77, 598; s. auch Tourneau, (Fn 81), S.14; dabei betont Rolland, § 1360 RdNr.13, daß eine Doppelbelastung nicht den Grundsätzen der ehelichen Lebensgemeinschaft entspreche; vgl. auch Huhn, (Fn 40), S.25

(97) Pieper/Pieper, (Fn 35), S.63 schreiben, daß die verheirateten berufstätigen Frauen zur am stärksten überlasteten Gruppe der Bevölkerung gehören. Zur (auch psychischen)Überforderung: Richter, (Fn 69), S.302; Morgan, (Fn 60), S.199; Waller-Döhner/Kulms/Höh, (Fn 68), S.91 und Ries, Neue Gesellschaft 75, 738.
Der Mann ist grds. körperlich kräftiger gebaut; körperliche Arbeitsbelastung der Frau etwa 80 % von der des Mannes - Frau 7 - 10 cm kleiner, 30 - 40 % geringere Muskelleistung, etc., vgl. z.B. Binder-Wehberg, (Fn 10), S.37 m.v.N., auch de Beauvoir, (Fn 54), S.315 und Säcker, 50. DJT, S. L 17; Scheu, (Fn 67), S.13 f. zeigt überzeugend auf, daß diese Konstitutionsunterschiede nicht Ursache, sondern Folge der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung sind. v.Einsiedel, (Fn 75), :"Geschlechtsunterschiede im weiteren Sinne sind ... der personale Ausdruck von Machtunterschieden", S.263

(98) vgl. die Zusammenstellung der theoretischen Ansätze zur Erklärung der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung bei Scheu (Fn 67), S.23 f.; auch die Enquête-Kommission, S.6 geht davon aus, daß unterschiedliche Fähigkeiten und Veranlagungen innerhalb eines Geschlechtes mindestens ebenso verteilt sind wie zwischen den Geschlechtern.

(99) s.z.B. Enquête-Kommission, S.51 ff.

(100)"Die Konfliktscheu vieler Frauen - Folge einer falschen Erziehung - sowie die fehlende Übung für das Auftreten in der Öffentlichkeit, führen häufig zu verbaler Passivität", Enquête-Kommission, S.28; auch Giesen, (Fn 20), S.313; er übersieht aber geflissentlich, daß Frauen oft von ihren Männern aktiv (mit Gewalt) an einem solchen Engagement gehindert werden, vgl. Schwarzer, (Fn 74), S.39

Männern in der Folgezeit häufig unterdrückt wird[100]. Grundsätzlich wird die Frau einfach auf ihre Familientätigkeit verwiesen.

bf) Es ist auch nicht zu bestreiten, daß bei Frauen eine stärkere Familienbindung zu beobachten ist als bei Männern und somit eine stärkere Bereitschaft, eigene Berufstätigkeit oder eigene Interessen gegenüber dem Interesse der Familie zurückzustellen[101]. Es gibt ja solche Geschlechtsunterschiede, die allerdings nicht auf unterschiedliche Anlagen zurückzuführen sind, sondern soziokulturelle und psychologische Unterschiede darstellen, die durch die entsprechende Sozialisation entstehen. Diese Geschlechtsrollen sind also flexibel, d.h., daß sich der Gesetzgeber auf sie nicht für immer einstellen darf, sondern eine Regelung schaffen muß, die dieser Flexibilität gerecht wird. Darauf hatte er sich also einzustellen und auf die beschriebene benachteiligte Situation der Frau[102].

Wenn gerade im Familienrecht angesetzt werden sollte, so liegt das einmal nahe, weil gerade die verheiratete Frau benachteiligt ist, also gerade innerhalb der Familie die Gleichberechtigung der Geschlechter noch im argen liegt, zum anderen wegen der besonderen Bedeutung der Familie für alle Menschen[103]. Dennoch hätte auch klar sein müssen, wie eng die Situation in der Familie und die im Beruf zusammenhängen und sich aufeinander auswirken.[104].

---

(101) Enquête-Kommission, S.12, 28

(102) die Lage der Frau und die gesellschaftlichen Zusammenhänge beschreiben ausführlich (neben den bereits im Verlauf des Textes genannten): Pross, Über die Bildungschancen von Mädchen in der Bundesrepublik, 1969; dies. Gleichberechtigung im Beruf?, 1973; Wex, Der Mannheimer Parteitag diskutiert die Situation der Frau in unserer Gesellschaft; Horkheimer Autorität und Familie in der Gegenwart, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.83 ff.; Elsener, Der Frauenlohn in unserer Zeit, in: Bergholtz (Hrsg.) Die Wirtschaft braucht die Frau, 1956; Gerstein, Studierende Mädchen, 1965; Sullerot, Die Frau in der modernen Gesellschaft, 1971; Haensch, Zerschlagt die Kleinfamilie? in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.373; Fischer-Eckert, Die wirtschaftliche und soziale Lage der Frauen in dem modernen Industrieort Hamborn im Rheinland, 1930; Janssen -Jureit, Sexismus, 1979; Greer, Der weibliche Eunuch, 1977; Marx,I., Die Frau in der modernen Gesellschaft, 1972; dann sämtliche Beiträge in: Brandt (Hrsg.) Frauen heute- Jahrhundertthema Gleichberechtigung, 1978; Brandt/Kootz/Steppke, Zur Frauenfrage im Kapitalismus, 3.Aufl., 1976, u.v.a.m.

(103) für Männer wie für Frauen, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen, vgl. Pross, (Fn 59), S.62/63; Leudesdorff, (Fn 91) S.20 ff.; de Beauvoir, (Fn 54), S.315, 399, 403

3.) Das Reformgesetz - ein Ehe-Gesetz

Das 1. EheRG sollte ein Ehegesetz werden, sodaß sich der Gesetzgeber neben verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und gesamtgesellschaftlicher Situation auf die Ehe, deren Formen, die daraus entstehenden Schwierigkeiten und Probleme einstellen mußte. Der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie wurde ja schon konkretisiert, hier aber mußte der Gesetzgeber diese Einrichtungen noch aus einem ganz anderen Blickwinkel betrachten(105). Ehe und Familie sind hier in ihren sämtlichen Erscheinungsformen relevant, es genügt nicht die Erklärung, Ehe und Familie seien in ihrem "Wesen", ihrer Struktur zu schützen, sondern diese Struktur muß im einzelnen erforscht werden, wobei die Erkenntnisse der Familiensoziologie ebenso unerläßliche wie unersetzbare Hilfen darstellen(106). Es muß also die tatsächliche Funktion von Ehe und Familie in unserer Gesellschaft deutlich werden. Erst wenn darüber Klarheit besteht, so kann auch die Schwerpunktsetzung des Gesetzgebers im Hinblick auf die Gleichberechtigung der Frau plastisch werden. Der Zusammenhang zwischen Funktion von Ehe und Familie und Stellung der Frau darin und in der Gesamtgesellschaft spielt ja dabei eine wesentliche Rolle.

a) Ehe und Familie als Begriffe dürfen zwar nicht verwechselt werden - mit diesen wird in der Literatur sehr undifferenziert umgegangen -(107), aber die Soziologie untersucht praktisch nur Funktionen der Familie, aus denen die der Ehe höchstens abzuleiten sind. Die Ehe allein wird auch kaum als an sich bedeutsam, sondern nur als Vorstufe zur Familie angesehen(108).

---

(104) vgl. Ramm, JZ 68, 91; z.B. bedingt die Sozialisation in der Familie die spätere Position im Beruf; die Berufstätigkeit bestimmt wiederum die finanziellen Möglichkeiten der Familie, dann auch die Zeiten, in denen Familienleben überhaupt möglich ist, usw.

(105) Hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Schutzes können ja die Einzelheiten offenbleiben, da dieser Schutz schon nach Einhaltung der Formvorschriften, also durch Eheschließung erlangt wird. Solange für eine eventuelle Funktionsuntauglichkeit der Familie nicht gesondert - im Scheidungsverfahren - Beweis geführt wurde, wird der Schutz des Art.6 nicht in Frage gestellt.

(106) Allerdings ist die gegenwärtige Lage von Ehe und Familie bei weitem noch nicht genügend empirisch erforscht; zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten der Familiensoziologie vgl. das Vorwort von Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S. 1 f.

So kommt man letztendlich - selbst wenn man nur die Ehe als Lebensform im Auge hat und die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der "Noch-Nicht-Familie" untersuchen will - nicht umhin, auch die Funktionen der Familie zu betrachten.

aa) Für die Ehe selbst werden weniger Funktionen mitgeteilt als mannigfache Definitionen gegeben.
König schlägt z.B. eine - wie er es nennt - "Minimum-Definition" vor: eine Verbindung von Mann und Frau mit dem Willen, auf Dauer zusammenzuleben(109). Wolf nennt sie ein Rechtsverhältnis auf Lebenszeit zwischen einem Mann und einer Frau und ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis zwischen diesen(110).
Um hier den Regelungsrahmen des Gesetzgebers abzustecken, fragt sich, ob die Ehe nicht reine Rechtsform ist, eine Institution, die in ihren sämtlichen Ausprägungen und Formen rechtlich geregelt ist und den betroffenen Menschen keinerlei Spielraum und Gestaltungsfreiheit zubilligt(111), insbesondere, wenn man daran denkt, daß es ohne rechtliche Anerkennung gar keine Ehe gibt. Savigny sprach von der "doppelten Natur der Ehe" und davon, daß das Wesen der Ehe einerseits "zum großen, ja zum wichtigsten Theil n i c h t in einem rechtlichen, sondern in einem sittlichen Verhältnis bestehe, andererseits aber mit "ihrem rechtlichen Bestandtheil" zum Gegenstand von Gesetzgebung und Recht-

---

auch Institut für Sozialforschung, Familie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.77; zu den Anfängen der Familiensoziologie Schwägler, Anfänge einer Familiensoziologie bei Wilhelm Heinrich Riehl und Frédéric Le Play, ebenda, S.15 - 37

(107) vgl. König, (Fn 19), S.49, 67; zusätzliche Begriffsverwirrung schafft die Tatsache, daß der Begriff Familie selbst im BGB nicht einheitlich verwandt wird, s. Ramm, JZ 68,46

(108) Dölle, Familienrecht, nennt die Ehe die Grundlage der Familie; die Funktionslosigkeit der Ehe ergibt sich auch bei Pfeil, (Fn 95), S.168; Coester, FamRZ 77, 221 betont aber, es gehe zu weit, Persönlichkeitsentwicklung und Verhalten der Ehegatten ausschließlich unter dem Aspekt der Familie zu sehen, ähnlich Ramm, (Fn 23), S.23; ausführlich zum Begriff Familie neuerdings Lecheler, FamRZ 79,1

(109) König, (Fn 19), S.132; ähnliche Ehedefinition Pal.-Diederichsen vor § 1353, Anm. 1 a

(110) Wolf, NJW 68, 1497; vgl. auch BGHZ 26, 198 ff.; Dölle, Familienrecht spricht S.52 von einer einzigartigen, natürlich-menschlichen Individualbeziehung, die rechtlich privilegierte und sanktionierte, geistige wie körperliche Lebensgemeinschaft sei; ähnlich Scheffler, (Fn 8), S.258; Lüke, NJW 78, 139; Larenz, JZ 66, 96; BVerfGE 10, 66; Mikat, (Fn 33), S.9 ff.; MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr. 24

sprechung gemacht werde[112].

Auch Husserl sieht die Rechtsform als nicht allein ausschlaggebend an. Er sagt, die moderne Ehe habe zwar einen Rechtsanfang, aber dennoch gehört für ihn die Ehe "zu den Sachverhalten der sozialen Wirklichkeit, die einen außerrechtlichen Sinneskern haben. sie hat eine 'rechtliche Seite'. Sie ist ein Rechtssachverhalt, aber das ist nicht alles, was sie ist"[113].

Letztendlich wird man sagen müssen, das Schließen der Ehe vor dem Staat hat für ihr "Innenleben" keine Bedeutung; die Ehe existiert nicht durch den Staat, sondern durch das Zusammenfinden und -leben der Beteiligten. Dies bedeutet einmal, daß Ehe eine völlig frei gestaltbare Lebensgemeinschaft zweier Individuen ist, zum anderen, daß die staatliche Regelungsbefugnis für sie grundsätzlich fraglich ist. Da diese aber immer wieder beansprucht wird, muß doch der Staat ein aktives Eigeninteresse an der Ehe haben.

ab) Diese Vermutung führt zu den Funktionen der zur Familie erweiterten Ehe. Es ist nicht zu übersehen, daß sich das Interesse des Staates an der Familie und ihrer Vorstufe Ehe aus dem aktiven Interesse an Nachkommenschaft ergibt, denn die funktionierende Familie liefert nicht nur"Menschen-Nachschub",sie nimmt der daran interessierten Gesellschaft auch die Versorgung, Pflege und Sozialisation desselben zum großen Teil ab[114], wobei sie

---

(111) so zumindest für die grundsätzlichen Strukturelemente der Ehe Müller-Freienfels, (Fn 12), S.1 ff., 65, ausführlich zur Ehe S.60, 77 ff.; Larenz, JZ 68, 97; a.A. Wolf, JZ 67, 749 ff.; Bedenken auch bei König, (Fn 19), S.100; grds. zu den institutionellen Ehelehren Gernhuber, Familienrecht,S. 20; hierzu auch Simitis, (Fn 40), S.18

(112) Savigny, Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform, 1844, S.233; den sittlichen Charakter betont auch Marianne Weber, (Fn 13), S.496, argumentiert aber aus diesem Gedanken heraus gegen Patriarchalismus; ähnlich Lecheler, FamRZ 79, 4

(113) Husserl, (Fn 43 a), S.38; vgl. König, (Fn 19), S.13, der darlegt, daß das Recht später kam als die Institution selbst; s. auch BGHZ 6, 364

(114) König, (Fn 19), S.29, auch S.48, wo er davon ausgeht, daß nur die Familie diese Aufgaben erfüllen k a n n, vgl. weiter S. 59, 71 ff.; Pieper/Pieper, (Fn 35), S.13; Institut für Sozialforschung, (Fn 106), S.69, wo aber S.73 Mängel an der Funktionalität diesbezüglich gesehen werden; auch nach Heinsohn/Knieper, (Fn 34), hat die Familie hier ihre Grundlage verloren, S.113; S.182 ff. führen sie aus, daß u. warum der Staat diese Aufgaben selbst zu übernehmen habe; zu Mängeln der Sozialisation auch Huhn, (Fn 40), S.40; zum Ganzen auch de Beauvoir, (Fn 54), S.400, 469; Theweleit, (Fn 61), S.394 - 397 und hinsichtlich Erziehungsfunktion

durch die entsprechende Sozialisation zur Erhaltung und Verfestigung bestehender gesellschaftlicher Verhältnisse beiträgt(115). Da dies vorwiegend durch die väterliche Autorität gesichert erscheint(116), zumindest durch hierarchische innerfamiliale Strukturen, deutet sich hier schon an, daß eine Veränderung derselben, die die Gleichberechtigung der Geschlechter mit sich bringen muß, vermutlich nicht im Interesse des Staates steht.
Neben der väterlichen Autorität ist zur Nachwuchspflege Mutterliebe sozial erwünscht(117), Da "die aus Mutterliebe abgeleiteten Pflichten ... so umfassend (sind), daß sie das Eigenleben der Frau unter sich begraben"(118) - früher war ja die Rolle der Frau überhaupt und umfassend durch ihre Gebärfunktion be - stimmt -(119), könnte die Gleichberechtigung der Geschlechter auch mit diesen Mutterpflichten kollidieren.

---

kritisch, S.533; Mantell, Familie und Aggression, 1972; Derleder/Derleder, FamRZ 77, 593; II.Familienbericht, BT-Drucks. 7/3502, Sp.IX nennt als Familienfunktionen Regeneration der Gesellschaft,(frühkindliche) Erziehung, Sicherung des einzelnen in einer immer komplizierter werdenden Gesellschaft; BVerfGE 36, 146 (167); 22, 163 (173); 24,119 (149); Giesen, (Fn 3), S.37 betont die Primärberechtigung der Eltern (wenn man Pflichten als Rechte formuliert,scheinen sie freudiger ertragbar), so auch Gernhuber, Familienrecht, S.34 f.; nach Schwarzer (Fn 74), S.222 drückt sich die Gesellschaft vor der kollektiven Verantwortung für ihre Reproduktion; Morgan, (Fn 60), S.206 f. weist darauf hin, daß die Produktion von Menschen für die Volkswirtschaft eines Landes ebenso fundamental ist wie Landwirtschaft oder Bergbau; vgl. grds. Enquête-Kommission, S.16, 19; Lidz,Familienorganisation u. Persönlichkeitsstruktur, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.81; Geiger, FamRZ 73, 225

(115) vgl. Pieper/Pieper, (Fn 35), S.17; Pfeil, (Fn 95), S.155; Horkheimer, Autorität und Familie, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.84 f.; Scheu, (Fn 67), S.37, 77; Heinsohn/Knieper (Fn 34), S.107 halten diese Funktion zwar für erfüllt, aber nicht für staatlich gelenkt, vgl. dort die Begründung

(116) Institut für Sozialforschung, (Fn 106), S.69; Mantell, (Fn 114), S.69; Mills nennt die Familie die "Schule des Despotismus", zit. nach Simitis, (Fn 40), S.23; Wurzbacher, (Fn 93), Vorwort hält dies für zu einseitig gesehen.

(117) vgl. Sinah Walden in: "Die Zeit" Nr.44 von 1968: "Die obligatorische Mutterliebe ... ist die letzte heilige Kuh unserer Gesellschaft..."; ähnlich de Beauvoir, (Fn54), S.476f Schwarzer, (Fn 74), S.220 zu dem Irrtum, die biologische Mutterschaft bedinge auch die soziale, hierzu auch kritisch Scheu, (Fn 67), S.33; nach Heinsohn/Knieper, (Fn 34) zeigt gerade die auffällige Beschwörung der Mütterlichkeit, daß diese nicht naturgegeben, sondern hergestellt ist; interessant übrigens, daß Dahlström, (Fn 94), S.218 die übertriebene Ideologisierung der Mutterrolle sogar für gefährlich hält, da sie zu überbeschützten und allzu abhängigen Kin-

Es ist ja nicht reine Mutterliebe, also Mutterschaft, hier erwünscht - diese Funktion könnte auch durch ledige Mütter ausgeübt werden, deren Diskriminierung aber nach wie vor üblich ist[120] - ,sondern wegen der zur Sozialisation nötigen Autoritätsstrukturen ist die Ehe erwünscht, aus der die Familie hervorgeht. "Nur in der Ehe wird die Mutter verherrlicht, also insofern, als sie dem Mann unterworfen bleibt"[121].

ac) So erhellt auch die Bedeutung der Sexualität in der Ehe, die Kant ja noch genannt hatte "die Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswürdigen, wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften"[122]. Gerade aufgrund der Reproduktionsfunktion besteht ein Interesse an der Regelung der Geschlechtsbeziehungen[123], einfach wegen der klareren Bestimmungsmöglichkeiten darüber, wer für welche Kinder zuständig ist.

---

dern führen könne; vgl. auch zutreffend Hiller/Knake, Neue Gesellschaft 75, 741

(118) Walden, in: "Die Zeit", Nr.44 von 1968; König, (Fn 19), S. 17 scheint dies für unveränderbar zu halten; kritisch Claessens/Menne, (Fn 41), S.318, aber wieder Held, FamRZ 70,300, der es sogar aus Art.6 ableitet, daß sich die Frau um die Familie und Kinder zu kümmern habe; auch Giesen, (Fn 3),S. 37 ff. scheint die Frau primär als Mutter, nicht als Mensch zu sehen, ders. FamRZ 77, 600; aber Hiller/Knake, Neue Gesellschaft 75, 742 erkennen richtig: "Durch die angebliche natürliche Veranlagung der Frau zur Mutter wird auch der Widerspruch zur Gleichberechtigung zugekleistert", und de Beauvoir, (Fn 54), S.151: "Um die Frauen zur Gratisarbeit zu bringen, kann man ihnen nicht die Schönheit und Mystik z.B. des Geschirrspülens preisen oder des Wäschewaschens. Also predigt man ihnen die Schönheit der Mutterschaft";vgl. auch Theweleit, (Fn 61), S.481 ff.; kritisch auch Firkel, (Fn 69), S.42, 49

(119) vgl. Pieper/Pieper, (Fn 35), S.38 und dort auch die Veränderungen im generativen Bereich heute, S.38 ff.; ausführlich hierzu de Beauvoir, (Fn 54), S.23 ff., insbes. S.49; Hammer, (Fn 80), S.19; Kluth, FamRZ 56, 211

(120) dies trotz entgegenstehender gesetzlicher Regelung; vgl. hierzu deutlich Simitis, (Fn 40), S.53 und Heinsohn/Knieper (Fn 34), S.106

(121) de Beauvoir, (Fn 54), S.508; allerdings muß die Frau dann versorgt werden, vgl. zu diesen Zusammenhängen Heinsohn/Knieper, (Fn 34), S.55

(122) zit. nach Röhricht, (Fn 43), S.140; zu den Gründen der Monogamisierung vgl. Theweleit, (Fn 61), S.392 ff.

(123) vgl. z.B. Fuhrer, Zs.f.ev.Ethik 1975, S.89, 91; König, (Fn 19), S. 52 ff., 59, 80 ff.; de Beauvoir, (Fn 54), S.400; Mayer-Mali, (Fn 12), S.216

Von daher ist es auch zu erklären, daß ein Interesse an Festschreibung, an Institutionalisierung besteht[124], und gerade die Idealisierung, ja Ideologisierung von Ehe und Mutterschaft dient der Stabilisierung, denn individuelle Initiative wird behindert[125].

Aber es soll hier den menschlichen, gefühlsmäßigen, Sicherheit und Geborgenheit vermittelnden Aspekten, die von den Befürwortern der Ehe immer wieder beschworen werden, nicht der Kampf angesagt werden[126] - ganz im Gegenteil. Nur sind solche Dinge, also Zuneigung, Vertrauen, Treue, Hilfsbereitschaft etc. nicht Ergebnis der Ehe, sondern deren Voraussetzungen, die durch die Ehe selbst keinesfalls gesichert oder garantiert werden können. Die entsprechenden Bedürfnisse können in staatlich unbeaufsichtigten Gemeinschaften ebenso erfüllt werden, sodaß klar wird, daß staatlicherseits in der Tat nüchterne Interessen vorliegen müssen. Diese müssen dann auch nüchtern beim Namen genannt werden, zumal da die Gleichberechtigung der Geschlechter aufgrund dieser Interessen gefährdet werden könnte[127].

Wenn Mikat sagt: "Gerade der Staat, der demokratisch sein und die Werte der Persönlichkeit, Menschenwürde und Freiheit verwirklichen und ihre Verwirklichung ermöglichen und gewährleisten will, braucht die sittlich gesunde und gefestigte Familie als die 'Pflanzschule dieser Werte', als jenen 'Lebenskreis', wo allein die Gemeinschaftsform den Sicherheitsgrad elementarer Selbstverständlichkeit erlangen kann"[128], so wird deutlich, daß die auch

---

(124) vgl. hierzu die Ehedefinition des BVerwG in E 9, 356 f., wonach die Ehegatten ihre je eigene Individualität der Ehe unterzuordnen haben; schon Claudel schrieb: "Die Ehe ist kein Vergnügen, sondern der Verzicht auf das Vergnügen, ..." zit. nach de Beauvoir, (Fn 54), S.229

(125) vor allem kann so auch die zur Erfüllung sämtlicher familialer Aufgaben nötige Eigeninitiative, Verantwortung und Freiwilligkeit überhaupt erst hergestellt werden, vgl. Heinsohn/Knieper, (Fn 34), S.107, 111, insbes. 137; mit Hilfe von Ideologie wurde ja auch die väterliche Autorität aufrechterhalten, vgl. Pieper/Pieper,(Fn 35),S.25; auch Institut für Sozialforschung,(Fn 106),S.321 f.;Wiethölter,(Fn 33),S.222

(126) zu diesen personalen Aspekten vgl. die Beiträge in Ruthe, (Hrsg.), Ist die Ehe überholt? 1972, und Rotzoll, (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969; König, (Fn 19), z.B. S.15; Pieper/Pieper, (Fn 35), S.57; Goode, Die Familie als Element der Sozialstruktur, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.64; die Versorgungsfunktion, die hier auch noch eine Rolle spielen mag, ist abzulehnen; de Beauvoir, (Fn 54), S.401 betont, daß gerade unter dem personalen Aspekt Ehe Wohltat und Last sei.

in der Ehe möglichen menschlich positiven Gefühle und daraus resultierenden Verhaltensweisen persönlichkeitsbildende, also Sozialisationsfaktoren darstellen, die zwangsläufig mehrheitlich den Vorstellungen der jeweils herrschenden Staatsform, also in doppeltem Sinne staatlichen Reproduktionsinteressen entsprechen. S.de Beauvoir sagt ganz drastisch: "Es handelt sich darum, die wirtschaftliche und sexuelle Verbindung von Mann und Frau in den kollektiven Bereich transzendieren zu lassen, und nicht ihr persönliches Glück zu sichern"(129).
Dabei wird doch gerade das Private der Familie zur Idealisierung so oft beschworen. Die Familie trete in der Geschichte zunächst "als naturwüchsiges Verhältnis auf, das sich dann bis zur modernen Einehe differenziert und kraft solcher Differenzierung einen Sonderbereich, den des Privaten, stiftet"(130).

ad) Hier klingt eine Tendenz der Familiensoziologie an, nämlich die naturalistische Familienauffassung, die von der Familie als

---

(127) de Beauvoir, (Fn 54), S. 94, 106, 437 sieht die Familie als emanzipationshinderlich für die Frau; ähnlich Hammer, (Fn 80), S.38; und Jochimsen, (Fn 61), S. 92 macht darauf aufmerksam, daß Mädchen immer noch in bezug auf die Familie erzogen werden, wobei 'Familie' nur ein anderer Name für 'Mann' sei.

(128) Mikat, (Fn 33), S.19; ähnlich Fuhrer, Zs.f.ev.Ethik 1975, S. 94; kritisch Horkheimer, Autorität und Familie, in: ders. Traditionelle und kritische Theorie, 1970, S.206; ders, Studien über Autorität und Familie, 1936, S.49 f.führt aus, daß so staatserhaltendes autoritäres Verhalten eingeübt werde. vgl. auch de Beauvoir, (Fn 54), S.423; Theweleit, (Fn 61), S.376, 379 - 461 zur dadurch beeinflußten Stellung der Frau; Mantell, (Fn 114), S.69 ; diese Wertvermittlung auch bei Schelsky, Soziologie der Sexualität, 1955, S.34 f.; schon Max Weber, Rechtssoziologie, S. 305; ähnlich auch Dölle, Familienrecht, S.19; Luhmann, (Fn 2), S.104; Lecheler,FamRZ 79, 4; Heinsohn/Knieper, (Fn 34), S.34 machen darauf aufmerksam, daß durch diese Sozialisation auch die Familienrollen selbst so internalisiert werden, daß sie naturgegeben scheinen.

(129) de Beauvoir, (Fn 54), S.407; sie nennt deshalb S.421 das Prinzip der Ehe obszön, weil sie einen Austausch in Rechte und Pflichten verwandelt, der auf einem spontanen Drang bestehen soll.

(130) vgl. Institut für Sozialforschung, (Fn 106), S.64; Müller-Freienfels, (Fn 12), S.64 ff. spricht von einer "Ursprungsgemeinschaft"; Mead, Mann und Weib, gek. Ausgabe 1977, S. 153 spricht die Familie als grundlegende Bedingung des Menschentums an; die moderne Soziologie überschreibt die Wandlungen von Ehe und Familie bis zur Gegenwart mit dem Schlagwort 'Von der Institution zur Intimgruppe' .

einem natürlichen und ewigen Gebilde vor aller organisierten Gesellschaft ausgeht. Um ihrer existenziellen und physiologisch-biologischen Priorität willen komme ihr überzeitlich-normative Geltung zu(131).

Dieser steht gegenüber die soziologistische Familienauffassung, die die Struktur der Familie und deren Veränderung direkt aus der Struktur der Gesellschaft und deren Veränderung ableitet und ihr kein absolutes Eigenwesen zuerkennt(132). "Beide Auffassungen schließen sich ja nicht unbedingt aus, ergeben aber unterschiedliche Konsequenzen hinsichtlich der Lenkbarkeit von familiären Vorgängen und Bedingungen, dem Vorhandensein von Familie überhaupt. Beide Aspekte lassen sich wohl kaum ausschließen, sodaß man zu einer pluralistischen Konzeption der Familie" kommen wird, die die Familie "als natürlich und doch geschichtlich, biologisch und doch gesellschaftlich, physiologisch und doch geistig-sittlich" denken wird(133).

Jedenfalls ist Familie gesellschaftlich vermittelt und sind die Funktionen, die von der Familiensoziologie der Familie zugeschrieben werden, sämtliche gesellschaftlich relevant(134). "Familie kann - formal und idealiter - definiert werden als jene Gruppe, in der wenigstens zwei gegengeschlechtliche psychosozial erwachsene Menschen eine weitere Generation produzieren und mindestens so erziehen, daß diese nächste Generation dazu motiviert wird, ihrerseits die folgende Generation zu produzieren und ebenso zu motivieren"(135).

Diese Reproduktionsfunktion umfaßt auch die Reproduktion der Arbeitskraft, für die der Staat sonst selbst aufkommen müßte, und die am Arbeitsplatz aufgestauten Aggressionen werden umgelenkt oder abreagiert, während sie sich bei Nichtvorhandensein der Institution Familie leicht zu allgemeiner Auflehnung entwickeln könnten(136).

---

(131) Institut für Sozialforschung, (Fn 106), S.66; Dölle, Familienrecht, S.17 bezeichnet alle Familienverhältnisse als "natürlich-sittliche Verhältnisse".

(132) Institut für Sozialforschung, (Fn 106), S.66; dort auch Belege dafür, daß diese Auffassung zutreffender zu sein scheint.

(133) vgl. Institut für Sozialforschung, (Fn 106), S.66;

(134) z.B. Fuhrer, Zs.f.ev.Ethik 1975, S.99; vgl. die Zusammenstellung der Familienfunktionen bei Pieper/Pieper, (Fn 35), S.11 ff.; Assmann, (Fn 17), S.16, 36 z.B. hält die Familie für unersetzlich hinsichtlich der Sozialisationsfunktion.

So wird immer wieder betont, daß der einzelne seinem Bedürfnis nach Selbstdarstellung nirgends so gut nachkommen könne wie in der Familie(137). Das stellt natürlich hohe - zu hohe? Anforderungen an die Familie(138). Zwar verspricht Mikat Hilfe und Erleichterung durch die Institutionalisierung bestimmter Lebensformen(139): "So erlebt der einzelne auch die Ehe 'wie ein überpersönliches, vorgefundenes Muster, in das er sich einordnet', und so entsteht für ihn 'jene wohltuende Fraglosigkeit in den Elementardaten, eine lebenswichtige Entlastung, weil von diesem Unterbau innerer und äußerer Gewohnheiten her die geistigen Energien nach oben abgegeben werden können, und das ist, was 'Freiheit' auch bedeuten kann", aber im Hinblick auf eben diesen Aspekt häufen sich auch die kritischen Äußerungen in bezug auf Ehe und Familie. So wird befürchtet, daß der von vielen modernen Menschen praktizierte Rückzug in die Familie, ins Glück im Winkel, kulturelle und politische Probleme aufwirft: "Er trägt zum Zerfall des öffentlichen Lebens in Politik und Kultur bei"(140).

---

(135) Claessens/Menne, (Fn 41), S.314

(136) Die These von der "Entlastungsfunktion der Institutionen" bei Mikat, (Fn 33), S.21 geht in diese Richtung; auch Maier-Reimer,48. DJT, S. A 28 führt aus, durch das Glück in der Ehe würden zufriedene und arbeitsfreudige Staatsbürger geschaffen; vgl. Pieper/Pieper, (Fn 35), S.19, 35, dies ergibt sich dort aus der These von der gesellschaftlichen Isolierung der Familie, S.69; Assmann, (Fn 17), S. 37 spricht auch von einer 'Ausgliederung ins Private';vgl. auch Haensch, Zerschlagt die Kleinfamilie?, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.367; zur Innenaustragung von Außenkonflikten Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964; zum Ganzen auch Claessens/Menne, (Fn 41), S.330; Institut für Sozialforschung, (Fn 106), S. 64 ff.; Lidz, (Fn 114), S.82 spricht hier von wechselseitiger Ergänzung und Stabilisierung von Ehemann und Ehefrau.

(137) vgl. z.B. Assmann, (Fn 17), S.36; Mikat, FamRZ 70, 336; ders., FamRZ 63, 70; Luhmann, (Fn 2), S.104

(138) Bahrdt, Wandlungen der Familie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.122; Assmann, (Fn 17), S.37, 39; Wurzbacher/Cyprian, Ehe und Ehescheidung in soziologischer Sicht, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform 1971,S.11 betonen dagegen, daß dadurch der einzelne vor Überforderung geschützt werde; zu diesem Problem auch Firkel, (Fn 69), S. 90; zur Verinnerlichung auch Gernhuber, Familienrecht, S.2; Dölle, Familienrecht, S.19; Wurzbacher , (Fn 93), S.125; vor allem erinnert Dörner, Fn 14), S.70 an die Unbeständigkeit menschlicher Gefühlsbindungen; Huhn, (Fn 40), S.164 sieht die Ehe überfordert durch den starken Druck der Wirtschaftsverhältnisse, deren Wünsche an Ehe und Familie dadurch automatisch überhöht sind.

(139) Mikat, FamRZ 70, 336 zitiert hier Gehlen, Moral und Hypermoral, S.98; ähnlich Ambrock, FamRZ 76, 314

In dem Rückzug in die künstliche Privatheit der Familie ist Resignation und völlige Unterwerfung unter die jeweilige politische Mehrheit zu sehen, sodaß die Idealisierung der in Wirklichkeit nicht gegebenen Privatheit(140 a) die Menschen zusätzlich besonders lenkbar macht. Eine Demokratie allerdings ist so nicht zu verwirklichen.

Neben diesen Reproduktionsfunktionen ist nicht zu übersehen auch die rein wirtschaftliche Funktion von Ehe und Familie, die sich einmal wiederum durch die Reproduktion der Arbeitskraft, zum anderen dadurch ergibt, daß die Familie als Verbrauchsagentur der Wirtschaft angesehen wird, als Konsumgemeinschaft(141) und Wirtschaftseinheit.

Bei so bedeutsamen Funktionen für den Staat wird verständlich und klar, daß Ehe- und Familienrecht grundsätzlich konservativ-stabilisierend gesehen werden(142), und daß Familienpolitik eine stark konservative Tendenz haben m u ß(143).

---

(140) Bahrdt, (Fn 138), S.122; vgl. auch de Beauvoir, (Fn 54), S. 425: im Heim wird eine Art "Gegen-Welt" geschaffen; vgl. auch Huxley, Schöne neue Welt, 3. Aufl., 1953, S.47; vgl. ebenfalls Simitis,Familienstruktur und Familienverfassung, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.120; Hiller/Knake, Neue Gesellschaft 75, 740; Lecheler, FamRZ 79 5 betont und begrüßt gerade dieses Recht auf Privatheit. K.-H. Schwab, Der Wandel der Ordnung im Familienrecht, in: FS Nüchterlein erinnert an die Worte von Theodor Heuss, die Familie sei die letzte Reserve gegen die "Verameisung" des Menschen; auch Mikat, FamRZ 63, 70 sieht aber die Gefahr der Distanzierung gegenüber der Gesamtgesellschaft; ebenso Wurzbacher, (Fn 93) S. 135

(140a)z.B. macht Huhn, (Fn 40), S.150 (zum Eherecht des ALR) darauf aufmerksam, daß die Ehe, solange sie Rechtsform ist, gerade kein Refugium des Privaten sein könne.

(141) vgl. bei Fuhrer, Zs.f.ev.Ethik, S.99; der enge Zusammenhang zwischen wirtschaftlichen Verhältnissen und Familie wurde ja schon mehrfach betont; vgl. sehr deutlich Institut für Sozialforschung, (Fn 106), S.66 ff.; Bahrdt, (Fn 138), S. 112; Gernhuber, Familienrecht, S.180; Müller-Freienfels, (Fn 12), S.46; Hiller/Knake, Neue Gesellschaft 75, 741

(142) so betont Müller-Freienfels, (Fn 12), S.58 das "erzieherische Moment" des Eherechts und Mikat, (Fn 33), S.13 die Verantwortung zur Kontinuität im Eherecht,und Simitis, (Fn 40), S.21 nennt das Wesen der Familie das Gegengewicht gegen die befürchtete und abgelehnte Veränderung des Familienrechts; ders., (Fn 140), S.120

(143) Assmann, (Fn 17), S.40 ff.; Haensch, (Fn 136), S.365 ff.;a. A. Gernhuber, Familienrecht, S.4; vgl. aber die konservativen Forderungen an die Familienpolitik bei Giesen, FamRZ 77, 599; auch bei Geiger, FamRZ 73, 228 f.; ausführlich Dölle, Familienrecht, S.22 f.: der Staat suche Familie zu

Dies erhellt nochmals daraus, daß die Familie häufig als Keimzelle des Staates angesehen wird(144) und jedenfalls feststeht, daß sie eine ausgeprägte Vermittlungsfunktion hat im Rahmen der Gesamtgesellschaft(145).
Ihre staatserhaltende, konservative Funktion ist damit zwangsläufig(146), weswegen ihr vielfach berufener Funktionsverlust(147), der staatliche Interessen nicht mehr gesichert scheinen läßt, geradezu panische Sicherungswünsche und Schutzbestrebungen innerhalb der Familienpolitik hervorruft.
Daß durch die Funktionen einerseits und die Ängste vor dem Versagen andererseits auch die Stellung der Geschlechter innerhalb dieser Institutionen geprägt ist, steht außer Zweifel. So muß sich dies auch im Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich der Bestrebungen zur weiteren Verwirklichung der Gleichberechtigung ausgewirkt haben.

b) Gleichberechtigung in Ehe und Familie

Wenn sich also Ehe und Familie in ihren Funktionen unterscheiden, somit Staat und Gesellschaft an der Ehe allein vorwiegend als Vorstufe zur Familie interessiert sind (abgesehen von der

---

stärken; dies attestieren den Politikern auch G.Otto,FamRZ 76, 18 und Dombois, Kirche und Eherecht, 1974, S.195, werfen ihnen aber mangelnde Orientierung vor; positive, liberale und individualistische Tendenz aber im II. Familienbericht, S. VIII; Giesen, (Fn 3), S.66 betont, Familienpolitik habe Wertentscheidungen des Grundgesetzes zu konkretisieren; Reumann, FamRZ 75, 437 sieht es als Aufgabe der Familienpolitik an, "die Frau wenigstens vorübergehend ans Haus zu fesseln; "Familienpolitik war Ordnungspolitik", Hiller/Knake, Neue Gesellschaft 75, 741; vgl. zu Einzelmaßnahmen und ihrem Hintergrund auch Heinsohn/Knieper, (Fn 34) S. 107 f., ein Beispiel: Zusammenveranlagung der Ehegatten zur Einkommenssteuer mit Edukationseffekt: die Frau zurück ins Haus, (ausgeführt bei Maunz-Dürig, Art.3 II, RdNr.23)

(144) vgl. z.B. Firkel, (Fn 69), S. 101; Held, FamRZ 70, 515; Dölle, Familienrecht, S.4, 54; OLG Köln, FamRZ 77, 792;bei Schwägler, (Fn 106), S.16; Geiger, FamRZ 73, 225; dagegen aber Bahrdt, (Fn 138), S.122 und Huhn, (Fn 40), S.137; aber auch Maier-Reimer, 48. DJT, S.A 28; BVerfGE 6, 55 (71); 24, 119 (149); 36, 146 (147)

(145) vgl. Goode, (Fn 126), S.66; ähnlich Lidz, (Fn 114), S. 82; Habermas, Die bürgerliche Familie und die Institutionalisierung einer publikumsbezogenen Privatheit, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.113; auch bei Müller-Freienfels, (Fn 14 S.851 f.; Wurzbacher, (Fn 93), im Vorwort

(146) Haensch,(Fn 136), S.367

Wirtschaftsfunktion und der psychologischen Reproduktion von Arbeitskraft), so stellt sich auch die Gleichberechtigung der Geschlechter in Ehe und Familie unterschiedlich problematisch dar.

ba) Solange 2 Eheleute ohne Kinder zusammenleben, wird sich ein partnerschaftliches Ehebild leichter verwirklichen lassen und müßte der Staat dies auch aufrichtig fördern wollen. Hierzu müßte er aber die kinderlose Ehe als Dauerzustand akzeptieren, während in Wirklichkeit ein allgemeines Interesse an der Veränderung dieses Zustandes besteht. Und eben nicht erst, sobald diese eingetreten ist, sondern, um sie zu erreichen, auch schon vorher, wird die Gleichberechtigung der Geschlechter problematisch. Hat nämlich der Staat ein Interesse an seiner Erhaltung und besteht die Auffassung, daß diese am besten möglich ist, wenn weiterhin die gegebenen Strukturen durch die innerfamilialen Autoritätsstrukturen an die nächste Generation weitergegeben werden, so muß eine Veränderung dieser innerfamilialen Hierarchie nach Möglichkeit verhindert werden. Es langt dann eben nicht aus, zu erreichen, daß die Tätigkeiten, die innerhalb der Familie anfallen, von irgendjemandem arbeitsteilig übernommen werden, daß also z.B. beide Eltern und die Kinder gemeinsam den Haushalt erledigen und ansonsten berufstätig oder in der Schule sind, sondern durch die Befreiung der Frau werden Machtverhältnisse gefährdet(148).

bb) Des weiteren scheint im Zuge der weiteren Verwirklichung der Gleichberechtigung noch nicht einmal die Nachwuchsfrage gesichert. Da sich Erwerbstätigkeit und Mutterpflichten in der Tat schwierig vereinbaren lassen, solange gesellschaftliche Hilfen fehlen und die alten Rollenmuster innerhalb der Ehe perpetuiert werden, die eine Mithilfe des Mannes schwer ermöglichen oder verhindern, werden Frauen, die erwerbstätig sind, eher auf Kinder

---

(147) vgl. z.B. Gernhuber, Familienrecht, S.2; der Funktionsverlust wird durch die Industrialisierung und die durch sie veränderte Arbeitssituation eingeleitet; durch den hierdurch mit hervorgerufenen Widerstreit zwischen Autorität von Ehemann und Vater und dem Freiheits- und Gleichheitsanspruch der übrigen Familienmitglieder,führt Simitis, (Fn 140),S. 132 ff. aus; Lecheler, FamRZ 79, 6 sträubt sich schon deshalb gegen das Schlagwort vom Funktionsverlust der Familie, weil er sie nicht vorwiegend unter dem Aspekt ihrer Funktionen und des Funktionierens sieht.

(148) Es geht hier ja nicht unmittelbar um die "Kräfteverhältnisse" im Elternverhältnis, sondern durch Gleichberechtigung der Geschlechter und die damit einhergehende Verselbständigung gehen ja vor allem Autoritätsstrukturen auch zwischen

verzichten. So wird die Gleichberechtigung der Frau oft leichtfertig mit dem Aussterben der Nation gleichgesetzt.
In Wirklichkeit ist dies gar kein Problem der Gleichberechtigung, sondern ganz allgemein unserer Konsumgesellschaft, in der Lebensstandard und finanzielle Ansprüche ständig hochgeschraubt werden, sodaß erstens dafür schon beide Gatten erwerbstätig sein müssen, dann aber Kinder entschieden zu teuer werden und auch nur bei Erwerbstätigkeit beider Eltern überhaupt unterhalten werden können. Es steht ja ohnehin fest, daß bisher die wenigsten Frauen aus emanzipatorischen Gründen berufstätig sind. Es liegt hier also eine gefährliche Verzerrung der Problematik, die mit Gleichberechtigung kaum zu tun hat, aber durch diese Art der Einschätzung deren Verunglimpfung ermöglicht.
Hier m ü s s e n sich Schwerpunkte verschieben: Entweder das Konsumdenken verändert sich, sodaß wieder mehr Familien Arbeitszeit und Geld so einteilen können, daß genügend Zeit - f ü r b e i d e ! - da ist, sich um Kinder zu kümmern und diese auch sich finanziell leisten zu können, weil die Ansprüche niedriger würden (sehr unwahrscheinlich), oder man muß gesellschaftlich andere Lösungen finden, um nicht mehr eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, nämlich das Sorgen für Nachwuchs, ganz ausschließlich einer benachteiligten Gruppe der Gesellschaft, nämlich den Frauen aufzubürden. Es genügt, daß sie durch die biologische Mutterschaft für "die Lieferung" sorgen, die soziale Mutterschaft muß von anderen Kräften mitgetragen werden. Nur dann besteht auch die Chance, daß biologische Mutterschaft wieder attraktiver wird. Da aber die Verweigerung der Mutterschaft - großenteils unrealistisch[149] - der Verselbständigung der Frau angelastet wird, kann Gleichberechtigung kaum erwünscht sein.

bc) Innerhalb der Ehe unterscheidet sich dieses Problem übrigens auch noch danach, welcher Eheauffassung angehangen wird. Wer individualistische Auffassungen vertritt, mag auch der Frau inzwischen ihr Selbstbestimmungsrecht nicht mehr verweigern und sucht

---

Eltern und Kindern mit verloren.

(149) Dies zeigt sich schon daran, daß die Gleichberechtigung von ihrer Verwirklichung noch weit entfernt ist, die Geburtenzahlen sich aber ja schon seit vielen Jahren rückläufig entwickeln.
Die Rückentwicklung des Lebensstandards würde ihrerseits nicht gefördert werden, denn am Konsumdenken profitiert der Staat marktwirtschaftlich.

die entstehenden Probleme in anderen Bereichen der Gesellschaft zu lösen. Wer aber mehr die Institution über den Einzelnen stellt, setzt sich natürlich für die Verwirklichung individueller Interessen nicht ein. Auch nicht der des Mannes - diese sind aber nicht gefährdet.
Ehe und Familie funktionieren freilich bei totaler Individualität beider Gatten nicht, sondern beide müssen auf ihre Lebensgemeinschaft Rücksichten nehmen, aber eben b e i d e , bis jetzt wird immer der Frau mehr abverlangt. Deshalb ist ja gerade innerhalb von Ehe und Familie Gleichberechtigung so wenig verwirklicht. Die herkömmlichen familialen Strukturen laufen der Gleichberechtigung also in der Tat zuwider.
Der intensive Familienschutz, der immer wieder gefordert und auch geleistet wird, kann somit die Gleichberechtigung der Geschlechter gar nicht fördern, denn Familienschutz wirkt sich hier im Sinne des Erhaltens von Überkommenem aus. Die Maßnahmen, die geplant werden, zeigen dies deutlich, obwohl sie vordergründig frauenfreundlich wirken (Tagesmutter, Mutterschutz, Hausfrauengeld etc.).Solche Maßnahmen wollen ja nichts verändern, sondern die Frau wieder mehr ans Haus binden und auf diese ihre Rolle fixieren[150]. Dadurch ist aber eine Austauschbarkeit der Rollen, die zu der erstrebten echten Wahlmöglichkeit führen würde, unmöglich gemacht.
Diesen Zusammenhang also mußte der Gesetzgeber aufbrechen, wollte er tatsächlich die Gleichberechtigung der Geschlechter in Ehe und Familie verwirklichen.

4.) Überblick über die Rechtslage vor dem 1. EheRG

Nachdem der verfassungsrechtliche Rahmen aufgezeigt und die gesellschaftlichen Verhältnisse geklärt, also das Arbeitsfeld des Gesetzgebers insoweit abgegrenzt wurde, soll kurz nochmals die Rechtslage vor Erlaß des 1. EheRG skizziert werden, in der veränderten Ausprägung, die das GlBerG seit seinem Erlaß erhalten hatte. Es soll also auch hier festgestellt werden, welche Gegebenheiten der Gesetzgeber vorfand, wobei insbesondere die Mängel

---

(150) insbesondere, wenn immer nur Halbheiten vorgeschlagen werden. Statt anzustreben, den Beruf Hausfrau sozialversicherungsrechtlich wie sämtliche außerhäuslichen Berufe auszugestalten, soll mit dem Hausfrauen- oder Muttergeld nur eine Art Taschengeld gegeben werden.

hinsichtlich der Gleichberechtigung zu berücksichtigen sind, also die Frage, wie weit das Familienrecht dem Verfassungsauftrag entsprach.

a) Allgemeine Ehewirkungen

aa) § 1353 bekam bei seiner ausfüllungsbedürftigen und -fähigen Fassung seinen eigentlichen Inhalt durch Rechtsprechung und Lehre[151]. In den Kommentaren wurde ein vielfältiger Pflichtenkatalog aufgestellt, der klarstellen sollte, was die Ehegatten im einzelnen voneinander verlangen konnten. Die Nichterfüllung solcher ehelicher Pflichten hatte bestimmte Konsequenzen, da nämlich auf Herstellung geklagt werden konnte, also auf Erfüllung dieser Pflichten. Eine unmittelbare Folge ergab sich daraus mangels Vollstreckungsmöglichkeit (§ 888 II ZPO) zwar nicht, aber die Nichterfüllung konnte in letzter Konsequenz zur Scheidung der Ehe führen, wobei dann der nichterfüllende Gatte die Scheidungsschuld zu tragen hatte.
Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung ergab sich hier gerade erst durch diese Ausgestaltung der einzelnen Ehepflichten durch Rechtsprechung und Lehre, die nämlich eindeutig einen Pflichtenüberschuß für die Ehefrau ergab, bzw. größeren Verzicht auf eigene Entfaltungsmöglichkeiten der verheirateten Frau voraussetzte[152].

ab) Hinsichtlich § 1355 BGB ergab sich der Verstoß gegen Art.3 II an sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes. Die Aufoktroyierung des Mannesnamens bei Eheschließung - wenn auch mit Namenszusetzungsrecht der Frau[153] - stellt eine unterschiedliche Behandlung für Mann und Frau dar, die sich nicht aus sachlichen, also biologischen Gründen ergibt, sondern ungerechtfer-

---

(151) Allerdings betont Gernhuber, Familienrecht, S.149, daß nur die interindividuellen Ehelehren (wenn überhaupt) nur formale Rechtspflichten anerkennen können, daß aber für institutionelle und pragmatische Ehelehren § 1353 klar konturierte und fixe Aussagen habe; vgl. zur ehelichen Lebensgemeinschaft BGHZ 26, 198

(152) Als Beispiel sei hier nur nochmals die Wahl des gemeinsamen Wohnortes durch den Mann genannt, die nach Wegfall des § 1354 unter § 1353 subsumiert wurde; RGRK-Scheffler zu § 1353 allerdings definiert die Pflichten frauenfreundlich

(153) das nach Ansicht v. Ramm, FamRZ 62, 282 unvereinbar ist mit dem Prinzip der Einheit des Familiennamens.

tigt an das Geschlecht anknüpft, wodurch nicht nur gegen Art.3 II verstoßen, sondern zusätzlich in das Selbstbestimmungsrecht beider Partner eingegriffen wird(154).

Gegen eine Veränderung traten gerade hier die konservativen Widerstände besonders heftig hervor(155); das Namensrecht stellt ein ideologisches Rudiment des Patriarchalismus dar(156).

ac) § 1356 enthielt das Familienleitbild des Gleichberechtigungsgesetzgebers, der davon ausging, daß es eine "natürliche Aufgabenteilung" zwischen Mann und Frau in der Ehe gebe(157). Es wurde also eine Rollenfixierung festgeschrieben, und Ramm sagte dazu sehr richtig: "Das Gleichberechtigungsgesetz hob die Ungleichstellung der Frau innerhalb der Eheordnung, die die Frau als Hausfrau auffaßte, auf. Es änderte hingegen nichts an der Ungleichstellung der Frau, die in dieser Eheordnung selbst lag"(158).

Es wird nämlich gerade durch diese Funktionsteilung, die als naturgegeben angesehen wird, der Mannesvorrang, der dem BGB von 1900 zugrundelag, und der ja durch das GlBerG beseitigt werden sollte, neu begründet. Zu richtig verstandener Gleichberechtigung passen solche Reservate letzter oder alleiniger Entscheidung und Verantwortung nicht mehr. Die Frau darf nicht von vornherein ins Haus verwiesen werden. An der Ungleichberechtigung ändert sich auch nichts, wenn sie dort Alleinentscheidungsrecht hat, sondern auf diese Weise wird sie konsequent von der Außenwelt abgeschnitten, werden ihr Lernmöglichkeiten an Geschäftstüchtigkeit verwehrt, deren mangelndes Vorliegen dann wieder den Mannesvorrang begründen hilft, - ein geschickt konstruierter Teufelskreis(159)!

---

(154) Schließlich wäre auch mancher Mann froh, den Namen der Frau wählen zu können, vgl. BT-Drucks. 7/650, S.96; Lange, FamRZ 71, 485; ausführliche und gute Darstellung der Problematik bei Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf, FamRZ 70, 434 und Ramm, FamRZ 62, 281, insbes. 284; Gernhuber, Familienrecht, S.136 ff.; Soergel-Lange zu § 1355, RdNr. 3; Verfassungsverstoß sieht auch RGRK-Scheffler, zu § 1355, Anm. 2; rückblickend auch BVerfG, NJW 78, 2259: Verstoß gegen Art.3 II; ebenso Maunz-Dürig, Art.3 II, RdNr.32

(155) Simitis, ZRP 71, 38; umfassende Zusammenstellung von Kritik und Kritikern bei Binder-Wehberg, (Fn 10), S.62 f.; vgl. den interessanten Schriftstreit Ramm/Graf v. Bernstorff, FamRZ 63, 110, 337, 340, der auf Ramm, FamRZ 62, 281 zurückgeht. s. auch Staudinger-Hübner zu § 1355, RdNr.1 ff. m.w.N.

(156) vgl. Ramm, FamRZ 62, 285; gerade dies verdeutliche die Notwendigkeit der Anpassung an Art.3 II. Dölle, Familienrecht S.460 sieht keinen Verstoß hiergegen.

Ganz abgesehen davon, daß es grundsätzlich in unserer pluralistischen Gesellschaft problematisch erscheint, durch den Gesetzgeber ein Eheleitbild vorgeben zu lassen(160), so ist jedenfalls festzustellen, daß das Leitbild der Hausfrauenehe nicht nur an den Realitäten vorbeigeht, sondern eindeutig einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter darstellt(161). Ein gesetzliches Eheleitbild muß verfassungsgemäß sein,oder auf ein solches muß verzichtet werden(162). Gleichberechtigung ist auf diese Weise auch nicht ermöglichet zwischen verheirateter und unverheirateter, auch nicht zwischen erwerbstätiger und nicht erwerbstätiger Frau. Dies wird verstärkt durch die Mitarbeitspflicht des § 1356 II, der trotz geschlechtsneutraler Formulierung die Ehegatten ungleich belastet, weil dort mit dem Begriff des "Üblichen" operiert wird, die "üblichen" Verhältnisse aber auch in diesem Bereich der Gleichberechtigung nicht gerade entsprachen(163). Im übrigen stellt sich die Verpflichtung zur Mitarbeit als Einschränkung des Rechts auf eigene Erwerbstätigkeit dar, so muß wegen Art.3 II und Art.12 trotz Art.6 ein Ausgleich geschaffen werden(164).

ad) § 1357 hatte die Schlüsselgewalt wieder nur der Frau eingeräumt, wieder wurde ausschließlich der Mann aus den Geschäften des häuslichen Wirkungskreises berechtigt und verpflichtet, andererseits war der Mann gleichheitswidrig benachteiligt, weil ihm keine "Schlüsselgewalt" zustand, und die Ausfallgarantie der Frau benachteiligte diese, denn ihre Haftung verjährte erst spä-

---

(157) In den Erläuterungen zum GlBerG wurde ausgeführt:"Es gehört zu den Funktionen des Mannes, daß er grundsätzlich der Erhalter und der Ernährer der Familie ist, während es die Frau als ihre vornehmste Aufgabe ansehen muß, das Herz der Familie zu sein", BT-Drucks. II, 224/53, S.27; vgl. auch BVerfGE 3, 225 (245); Soergel-Lange zu § 1356, RdNr.1

(158) Ramm, JZ 68, 44; auch Müller-Freienfels, (Fn 12), S.104

(159) Die Fixierung auf die Hausfrauenrolle wurde verstärkt dadurch, daß § 1356 der Frau nur gestattete, erwerbstätig zu sein, wenn die häuslichen Pflichten dadurch in keinster Weise beeinträchtigt würden.

(160) Mikat, (Fn 33), S.6; vgl. auch Wacke, FamRZ 77, 517

(161) Auch das Bundesverfassungsgericht bringt ganz klar zum Ausdruck, daß "zur Gleichberechtigung der Frau gehört, daß sie die Möglichkeit hat, mit gleichen rechtlichen Chancen marktwirtschaftliches Einkommen zu erzielen wie jeder männliche Staatsbürger", BVerfGE 6, 55 (82)

(162) Verfassungsgemäß ist nur ein Leitbild der partnerschaftlichen Ehe. Zwar wurde immer wieder argumentiert, auch unter

ter als der Hauptanspruch gegen den Mann(165), und ihrer bedingten Mitverpflichtung stand kein entsprechendes Recht gegenüber.

ae) Abhilfe wurde dadurch geschaffen, daß vielfach die Vorschriften der allgemeinen Ehewirkungen als dispositives Recht definiert wurden(166), so insbesondere §§ 1356 und 1357, um eben Lösungen zu ermöglichen, die Art.3 II entsprechen sollten. Z.B. wendete man § 1356 auf den Gatten an, der de facto den Haushalt führte(167), und § 1357 wurde so ausgelegt, daß auch ein Mann, der vorübergehend oder ständig den Haushalt führte, diese Geschäfte 'für und gegen' die in diesen Fällen alleinverdienende Frau vornehmen konnte, oder es wurde eine stillschweigende Abdingung des § 1357 fingiert(168).
Eine solche "Berichtigung" des Gesetzesrechts durch Rechtsprechung und Lehre war aber auf die Dauer nicht haltbar, sondern eine Änderung der familienrechtlichen Vorschriften unvermeidbar(169). Dies ergab sich vor allem zwingend aus dem Zusammenhang zwischen den §§ 1356, 1357 und 1360, der die Fixierung sowohl des Mannes also auch der Frau auf eine bestimmte Rolle erst vollends zementierte(170). Nur Ramm interpretierte das Unterhaltsrecht des GlBerG anders: er sah die Ehefrau sogar zur Er-

---

Geltung des GlBerG hätten Eheleute ihre Ehe partnerschaftlich gestalten können, aber wenn kein Einvernehmen zwischen den Gatten bestand, galt zu Ungunsten der Frau die gesetzliche Regelung, und ihr Zuwiderhandeln lieferte dem Mann einen Scheidungsgrund gem. § 43 EheG.

(163) hierzu ausführlich Gernhuber, FamRZ 58, 243 ff.; ders., Familienrecht, S.48, 180 f.; Lieb, Ehegattenmitarbeit, 1970 RGRK-Scheffler zu § 1356, Anm. 17

(164) vgl. im einzelnen Lieb, Ehegattenmitarbeit, S.150, 166, 167

(165) ausführlich Fahr, Die Neuregelung der Schlüsselgewalt durch das Gleichberechtigungsgesetz, 1962, S.83 ff.

(166) vgl. z.B. RGRK-Scheffler zu § 1356, Anm. 3; Erman-Bartholomeyczik, zu § 1356, Anm. 3; Siebert-Vogel, zu § 1356, Anm 1; Gernhuber, Familienrecht, S.167 f.; ähnlich für § 1357 auch Beitzke, Familienrecht, 17. Aufl., § 12 V; BT-Drucks. 7./650, S. 97; Lange, FamRZ 71, 486; Gründler, (Fn 49), S. 72 ff.;

(167) Gernhuber, Familienrecht, S.167; DiskE, S.158

(168) vgl. zu § 1357 Struck, MDR 75, 449; im übrigen standen bei § 1357 zu allen Zeiten Gläubigerinteressen im Vordergrund, vgl. Gernhuber, Familienrecht, S.172 f.

(169) a.A. Arnold, FamRZ 58, 196

(170) vgl. bei Gernhuber, Familienrecht, S.172; Kramer, Zentralblatt f. JugendR u. Jugendwohlf. 1975, S.383; Dieckmann, (Fn 70), S.121; Ramm, JZ 68, 44

werbstätigkeit verpflichtet, eben weil sich aus der Gleichberechtigung auch die Gleichverpflichtung ergebe, damit die Pflicht der Frau, auch mit finanziellen Mitteln zum ehelichen Unterhalt beizutragen(171), was im Grunde durch den BGH gestützt wird, der eine Verpflichtung des Mannes sah, die Frau bei der Haushaltsführung zu unterstützen(172).
Dies war aber eine Ausnahme, und bei der Unterhaltsregelung bei Getrenntleben (§ 1361), die vom Verschuldensprinzip getragen wurde, kam wiederum zum Ausdruck, daß die Frau grundsätzlich nicht erwerbstätig sein darf und dies dann auch beim Getrenntleben nicht von ihr erwartet wird(173), wobei es nicht speziell um die Erwerbstätigkeit geht, sondern um die grundsätzliche Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts letztendlich von Mann und Frau.

b) Scheidungsrecht

Es soll hier auch noch kurz untersucht werden, warum ebenso eine Änderung des Scheidungsrechts notwendig geworden war, und nicht nur unter dem Aspekt dort selbst begründeter Mängel, sondern auch und gerade, um die Gleichberechtigung gem. Art.3 II weiterzuverwirklichen. Vorwiegende Motivation war allerdings, das Grundprinzip des Scheidungsrechts zu ändern(174), dennoch spielt auch hier die Gleichberechtigung der Geschlechter eine nicht zu unterschätzende Rolle, denn die Scheidungsproblematik hängt untrennbar mit der sozialen Stellung von Mann und Frau zusammen. Nicht erst bei den Scheidungsfolgen, sondern bereits bei den Scheidungsgründen macht sich auch deutlich die Einstellung des Gesetzgebers gegenüber der Frau bemerkbar(175), schon weil die Schei-

---

(171) Er unterscheidet aber streng zwischen kinderloser Ehe und Familie und postuliert die Erwerbsverpflichtung nur für erstere, JZ 68, 90; er begründet also letztendlich eine ungleiche Berechtigung für kinderlose Frau und Mutter; auch OLG Hamm, FamRZ 69, 490 befürwortet die weibliche Erwerbstätigkeit zumindest für kinderlose Ehen.

(172) BGH, JZ 60, 371; Begründung allerdings aus § 1353. Vor allem ergibt sich eine solche nicht unmittelbar aus dem Gesetz, während z.B. eine Verpflichtung der Frau, im Notfall neben der Hausarbeit erwerbstätig zu sein, sich aus § 1360 S.2 ergab, auch hier ungleiche Belastungen

(173) Ramm, JZ 68, 44, 90

(174) In allen Rechtskreisen geht die Tendenz dahin, das Scheidungsrecht zu ändern oder gar erst neu zu schaffen, wobei das inhaltliche Spektrum sehr weit ist; vgl. hierzu Russell

dung als Eheauflösung die spiegelbildliche Entsprechung der Eheschließung ist, also die Stellung der Frau innerhalb der Ehe sich auswirkt auf ihre Stellung bei und nach der Scheidung(176). Zu denken ist hier z.B. daran, daß die Frau - ohne eigene Berufstätigkeit - in ihrer sozialen Sicherheit vollständig vom Mann, d.h. von der Ehe abhängig ist(177). Inzwischen wird deshalb dem Institut der Ehescheidung immer mehr die positive Funktion eines "Frauenschutzes" zugesprochen(178), da sie sich dadurch letztendlich aus dieser Abhängigkeit lösen kann, was allerdings erst bei sachgerechter Unterhaltsregelung gewährleistet ist(179).
Es ist grundsätzlich für alle Beteiligten positiv zu bewerten, wenn die Möglichkeit besteht, eine unglückliche Verbindung zu beenden und eine harmonische Lebensgestaltung neu zu versuchen. Eine solche Ausgestaltung des Scheidungsrecht fordert Art.3 II; so muß also die Scheidungsregelung vor dem 1. EheRG auf ihre Funktionalität unter diesem Aspekt untersucht werden.
Natürlich ist hier jeweils an die Gleichberechtigung von Mann und Frau gedacht, mehr von der Frau wird deshalb gesprochen, weil die momentane Situation dies erfordert.

ba) Das Ehescheidungsrecht nach dem Ehegesetz von 1946(180) beruhte im wesentlichen auf dem Verschuldensprinzip; es konnte also eine Ehe nicht schon geschieden werden, wenn sie unheilbar zerrüttet war, sondern erst dann, wenn eine oder mehrere schwere,

---

Ehe und Moral, 1951, S.11; Dölle, Familienrecht, S.477 ff.

(175) Als kleines, einziges Beispiel sei nur erinnert an die merkwürdige "doppelt moralische" Einstellung zur Sexualität der Frau, die im Scheidungsrecht zum Ausdruck kommt: Eigentlich ist sie für die Frau eher verboten, zumindest schlecht angesehen, in der Ehe aber plötzlich Pflicht. Wenn sie es nicht tut, ist das ein Scheidungsgrund, vgl. Schwarzer, (Fn 74), S.15

(176) hierzu Simitis, ZRP 71, 38, und ders. (Fn 40), S.24 f.; schon Schwarzhaupt, FamRZ 57, 33; auch Müller-Freienfels, (Fn 14), S.893 und S.854: "Die Frau dürfe nicht länger Sklavin des Mannes sein..." (zum Ehegesetz inChina); auch Mauz, Diskussionsredner beim 48.DJT (Professor der Psychiatrie), sieht den Zusammenhang und fordert deshalb ein wirkliches Umdenken hinsichtlich der Scheidung, S. M 64

(177) vgl. Zacher,Zur'sozialen Biographie' der Frau, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.274; Frauenausschuß der IG Metall, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.173; Ramm, (Fn 23), S.37 hatte den Frauenschutz noch in Scheidungserschwerung gesehen, und zwar aus dem Versorgungsinteresse der Frau heraus.

(178) vgl. z.B. König, Ehe und Ehescheidung, in: Bernsdorf (Hrsg.) Wörterbuch der Soziologie, 1969, S.207; ders., (Fn 19),S.126

schuldhafte Eheverfehlungen begangen worden waren, die zu der Zerrüttung geführt hatten[181]. Insbesondere waren zwei Verschuldenstatbestände vorrangig: Scheidungsbegehren wegen Ehebruchs des anderen Gatten (§ 42 EheG) oder wegen unheilbarer Zerrüttung aufgrund schuldhafter schwerer Eheverfehlung des anderen (§ 43 EheG)[182].

Eine Ausnahme schien hier § 48 I EheG darzustellen, wonach eine Ehe nach dreijährigem Getrenntleben geschieden werden konnte, wenn eine tiefgreifende und unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses gegeben war. Wenn aber der auf Scheidung drängende Partner die heillose Ehezerrüttung ganz oder überwiegend v e r s c h u l d e t hatte, konnte der noch ehewillige Partner dem Scheidungsbegehren widersprechen; und dieser Widerspruch war (zumindest seit dem Familienrechtsänderungsgesetz von 1961) nur noch schwerlich zu überwinden (§ 48 II EheG)[183]. Dadurch war die Möglichkeit einer Zerrüttungsscheidung de facto unterbunden[184].

Es bestand also die Tendenz, Ehen möglichst zu erhalten, sowohl im Gesetz also auch insbesondere in der Rechtsprechung. Ein besonderer Mißstand war hier aber das Auseinanderfallen von Scheidungsregelung und Scheidungspraxis, in der nämlich etwa 80 % al-

---

vgl. hierzu die Ausführungen bei Pizzey, Schrei leise,1978, S.22, die die Notwendigkeit eines solchen deutlich macht; s. auch ausführlich zu diesen Zusammenhängen Waller-Döhner/Kulms/Höh, (Fn 68), S.86 u. 91 ff.; zum Ganzen auch Dieckmann, (Fn 70), S.121

(179) Zwar hat die bisherige Nur-Hausfrau durch die Scheidung nicht nur finanzielle Nachteile, sondern sie verliert auch an gesellschaftlichem Ansehen, und langjährig verheiratete Frauen werden eher davon verängstigt sein, plötzlich auf eigenen Füßen stehen zu müssen, aber langfristig wird es sich für die Persönlichkeitsentwicklung der Frau eher positiv auswirken, wenn sie weiß, daß sie sich nicht unbedingt "zu fügen" hat, weil sonst die Gefahr der Scheidung "droht".

(180) Normen des EheG im Anhang II

(181) ausführlich zum Ganzen Gernhuber, Familienrecht, S. 214 ff. nach seiner Ansicht - S.216 - beruhte schon das alte Recht vorwiegend auf dem Zerrüttungsprinzip; so auch Schwab,D., FamRZ 76, 493

(182) Wolf, NJW 68, 1497 begründet übrigens überzeugend die Unwirksamkeit v. § 43 EheG. Im Jahr 1968 wurden mehr als 93% aller Scheidungen nach dieser Vorschrift ausgesprochen, DiskE, S.28; ausführlich zu den Problemen dieser Regelung, vor allem auch mit plastischen Beispielen: Lüderitz, 48. DJT, S. B 19 ff.; auch König, (Fn 19), S.119, er betont den fehlenden Aussagewert der Gerichtsstatistiken bezügl. der Scheidungsgründe.

ler Scheidungen sog. Konventionalscheidungen waren(185). D.h. Ehegatten, die in ihrem Scheidungsbegehren völlig einig waren, konstruierten gemeinsam gesetzmäßige Scheidungsgründe und trugen sie vor Gericht vor; solche, die an sich gegen die Scheidung waren, ließen sich vielfach ihre Scheidungsbereitschaft regelrecht "abkaufen"(186). Scheidung war also in vielen Fällen eine reine Geldfrage, das Scheidungsrecht im Grunde eine Farce und die Bestimmung des Staates über die Unauflöslichkeit der Ehe letztendlich eine Anmaßung.

bb) Diese "Rechts"lage war unmittelbar im Verschuldensprinzip begründet(187): ganz abgesehen davon, daß man bei einer Verbindung von zwei Menschen, die naturgemäß beide Fehler machen, die sich überdies ständig weiter- und deshalb häufig auch auseinanderent-

---

(183) Zwar hätte eigentlich § 48 I den Regelfall darstellen müssen und Abs.2 die Ausnahme. Weil aber § 48 EheG selbst - als einzige Norm, die nur auf die Zerrüttung der Ehe abstellte - eine Ausnahme zum Verschuldensprinzip darstellte, wobei die Scheidung überhaupt als Ausnahme vom Prinzip der Unauflöslichkeit der Ehe angesehen wurde, wurde die Vorrangigkeit von § 48 II betont. Sobald also der noch ehewillige Gatte gem. § 48 II Widerspruch gegen die Scheidung einlegte, maß der BGH der Schuldfrage eine bedeutende Rolle bei. Letztendlich mußte also der scheidungswillige Gatte nachweisen, daß er selbst die Zerrüttung nicht verschuldet hatte. Dabei stellte der BGH mit den Worten seines Präsidenten Heusinger, FamRZ 65, 237 "hohe Anforderungen an die Pflicht der Eheleute, in Treue an der einmal geschlossenen Ehe festzuhalten".
Die Fassung des § 48 II durch das FamRÄndG war durch die entsprechende Rechtsprechung des BGH vorbereitet worden, vgl. z.B. BGHZ 18, 13 (20); 32, 179 (188); FamRZ 61,69; vgl. auch Lange, FamRZ 71, 485 m.w.N., aber auch BT-Drucks. V/1444, wo die FDP-BT-Fraktion im Februar 1967 beantragt hatte, den § 48 II in seiner ursprünglichen Form wiederherzustellen; ausführlich zum Ganzen Müller-Freienfels, (Fn12) S.156 ff. und Mikat, (Fn 33), S.27 f., sowie Lüderitz, 48. DJT, S. B 38 ff.

(184) Mikat, (Fn 33), S.29 begrüßt dies, weil sonst "aus der Zerrüttungsscheidung eine Verstoßungs- enseitige Willkürscheidung" würde. Dabei sollte ja die Möglichkeit einer Zerrüttungsscheidung überhaupt erst geschaffen werden. Kritisch hierzu Just, (Fn 32), S.156 f.; Kühn, ZRP 75, 165 u.v.a.m. vgl. zur Entwicklung der Scheidungszahlen, Vorschläge der ERK, S.24 ff., Held, FamRZ 70, 299 betont, daß nur 5 % der Scheidungen nach § 48 ausgesprochen werden; vgl. auch Bürgle, FamRZ 73, 512;

(185) statistische Angaben bei Wurzbacher/Cyprian, (Fn 138), S. 17 f.; vgl. auch Grunsky, Verfahrensrechtliche Probleme einer Ehescheidungsreform, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform 1971, S.134 f.; Deubner, Zerrüttungsprinzip und Streitträchtigkeit, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971,S.52; ders., ZRP 72, 153 u. ausführlich ders., JR 70, 291;

wickeln, und die häufig zu sehr in ihren eigenen Problemen verstrickt sind, um mit dem nötigen Verständnis, genügend Liebe und Geduld auf den Partner zuzugehen, nur sehr schwer von einer Schuld am Scheitern der Verbindung reden kann, so steht jedenfalls fest, daß selbst bei Vorliegen eindeutiger Schuldelemente diese vom Richter nie vollständig aufgedeckt werden können. Es können im Verlauf einer Verhandlung nicht alle Aspekte eroiert werden, die für eine langjährige Ehe und deren Scheitern von Bedeutung waren. Im günstigsten Fall wird man einen Überblick über eine unmittelbar zurückliegende Zeitspanne erhalten; die Informationen sind nur selektiv und äußerst subjektiv und sehr stark emotional verstärkt, kurz: mehr als Mutmaßungen über das Verschulden der Ehegatten sind kaum zu treffen, und da allgemeine Wertmaßstäbe fehlen, ist darüber hinaus Fehlverhalten schwer zu diagnostizieren, da dieses in jeder Ehe anders geartet sein kann. Das darf aber nicht ausreichen, um einen der Ehegatten "schuldig" zu scheiden(188) und ihn mit den schweren, daraus resultierenden Folgen zu belasten(189).

---

hierzu auch Bosch, FamRZ 77, 573 f.; Schumacher, MDR 76, 881; Müller-Freienfels, (Fn 12), S.50; Kühn, ZRP 75, 165; Wiethölter, (Fn 33), S.223: "Im gegenwärtigen Scheidungsrecht regieren ... Heuchelei, Unsittlichkeit, Lügen- und Schmutztaktik, Doppelmoral, kurzum: die Rechtsanwendung diskreditiert die Rechtsordnung"; s. auch Held, FamRZ 70, 298 u.v.a.m. Daß überwiegend Frauen die Scheidungsklage erheben, Männer schuldig gesprochen werden, hält Gernhuber, Familienrecht, S.221 zum Teil für einen Ausdruck der verzerrten Scheidungsprozesse.

(186) vgl. Schmid, Befangenheit aus Weltanschauung und sozialem Standort im öffentlichen, Privat- und Arbeitsrecht, in: Das Rechtswesen, S.159; Just, (Fn 32), S.159; von der Bedeutung, die die Verteilung der elterlichen Gewalt bei dieser Schiebung neben dem Geld noch hat, ganz zu schweigen. Aber offenbar hat sich in der Bevölkerung tatsächlich die Einsicht durchgesetzt, daß man niemanden gegen seinen Willen festhalten kann. Nur negativ ist, daß man daraus materielle Vorteile zieht.

(187) Die Normelemente "Eheverfehlung" und "Verschulden" spielten eine doppelte Rolle. Sie begründeten entweder das Recht, die Scheidung zu begehren (§§ 42, 43 EheG), oder aber sie machten ein Scheidungsrecht zunichte, wenn nämlich denjenigen Ehegatten, der die Scheidung begehrte, ein Verschuldensvorwurf traf (§ 43 S.2; § 48 II EheG).

(188) Zwar sollte durch die Feststellung des Verschuldens die Verantwortung der Gatten für ihre Ehe gestärkt werden, aber durch die hohe Zahl der Konventionalscheidungen ging diese Funktion jedenfalls zunichte, nachdem sie ohnehin ja die Zerrüttung einer Ehe forcieren hilft.

Es war also das Recht der Scheidungsgründe - auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung im Sinne der Menschenwürde - reformbedürftig und nicht nur an die Realität anzupassen, sondern auch an Art.6 GG, denn zerrüttete Ehen, die dennoch aufrechterhalten werden, weil die Schuldfrage "im Wege steht", verdienen - wie gesagt - den verfassungsrechtlichen Schutz nicht mehr(190). Gerade um des vielbeschworenen Wesens der Ehe willen mußte man zerrütteten Ehen diesen Namen wieder nehmen(191).

c) Scheidungsfolgenrecht

Das Scheidungsfolgenrecht, insbesondere das Unterhaltsrecht nach der Scheidung stand in engem Zusammenhang zum Verschuldensprinzip bei den Scheidungsgründen. Auch hinsichtlich der Unterhaltsverpflichtungen der beiden Gatten wurde vorwiegend an die Scheidungsschuld angeknüpft, sodaß ein sachfremder Strafcharakter das Versorgungsrecht bestimmte(192). Grob gesagt: Keinen Unterhalt zu erwarten hatte, wer dem Partner die Gemeinschaft verdorben hatte und für allein oder überwiegend schuld an der Scheidung der Ehe gehalten wurde. Er trug auch zugleich die härteste Unterhaltslast; denn er mußte - seine Leistungsfähigkeit vorausge-

---

(189) vgl. Just, (Fn 32), S.155; Wurzbacher/Cyprian, (Fn 138), S. 33 f.; Beschluß 48.DJT, S. M 181; Simitis, ZRP 71, 39; Lange FamRZ 71, 481; Bosch, FamRZ 77, 574; Dieckmann, FamRZ 77, 82; BACDJ, FamRZ 70, 302; Mikat, FamRZ 70, 337 ; Giesen, (Fn 68), S.7 u.v.a.m.

(190) auch MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr 31 leitet aus Art.6 I gerade her, daß eine Ehescheidung "unter den vom Gesetz normierten Voraussetzungen" möglich sein muß; kritisch hierzu Beitzke, NJW 78, 257; vgl. auch Bogs, (Fn 91), S.132; ähnliche Gedanken schon bei Milton im 17.Jh., vgl. bei Mikat, FamRZ 62, 280; Müller-Freienfels, (Fn 12), S.286; für den "Notausgang Scheidung" spricht Larenz, JZ 68, 97 von "Selbstbegrenzung der Institution"; zur Verfassungswidrigkeit des alten Scheidungsrechts: Ramm, (Fn 23), S.21 f. und DiskE, S.33

(191) Nur hierum ging es: die Reform des Eherechts ist nicht unter dem Aspekt der Erschwerung oder Erleichterung der Scheidung zu sehen, vgl. Vorschläge der ERK, S.26

(192) vgl. die Argumentation in BT-Drucks. 7/650, S.73; Vorschläge der ERK, S.27 weisen darauf hin, daß es negativ zu bewerten war, daß nicht mit der Auflösung der Ehe sämtliche Folgen geregelt waren, also die ganze Auseinandersetzung weiterging.

(193) lobend zu dieser Systematik Dieckmann, FamRZ 77, 82 und ders. (Fn 70), S.123

setzt (§ 59 EheG) - den bedürftigen Partner angemessen unterhalten (§§ 58 I, 61 I)[193]. Bei beiderseitigem Verschulden an der Scheidung sah § 60 EheG nur eine Beitragspflicht nach Billigkeit vor, die zeitlich beschränkt ist, und die spätestens - anders als die "echten" Unterhaltspflichten - mit dem Tod des Schuldners endet (§ 70 III EheG).

Des weiteren wurden unterschiedliche unterhaltsrechtliche Scheidungsfolgen nicht nur für den schuldigen bzw. unschuldig geschiedenen Teil normiert, sondern auch für Mann und Frau. Darin - in einer völlig ungerechtfertigten Anknüpfung bloß an das Geschlecht - war ein eindeutiger Verstoß gegen Art.3 II GG zu sehen[194], weswegen eine Neuregelung dieser unterhaltsrechtlichen Scheidungsfolgen ohnehin notwendig war, selbst wenn man am Verschuldensprinzip hätte festhalten wollen[195].

Allerdings wurde nach h.L.[196] eine Angleichung der Positionen auch nach altem Recht vorgenommen, aber grundsätzlich war diese starke unterhaltsrechtliche Abhängigkeit der Ehegatten voneinander, insbesondere der nicht berufstätigen Frau vom Mann, mit einem Eheverständnis der gleichberechtigten Partner jedenfalls nicht zu vereinbaren. Sie hatte nicht selten dazu geführt, daß Partner auch einer völlig zerrütteten Ehe an dieser aus Versorgungsgründen festhielten[197], zumal sie ja ohnehin als Versorgungsinstitut anerkannt war[198].

---

(194) Dieckmann, FamRZ 77, 82; a.A. der Dt.Akademikerinnenbund, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.191; hinsichtlich der Verwertung des Vermögensstammes Verstoß gegen Art.3 II bejaht von MünchKomm-Richter § 1577 RdNr 2

(195) Die unterschiedliche Anknüpfung für Mann und Frau ergab sich zwar in gewissem Sinne aus der unterschiedlichen Aufgabenteilung in der Ehe, § 58 EheG ist ja in Verbindung mit der Regelung der allg. Ehewirkungen zu sehen, und das Unterhaltsrecht muß irgendwie an die in der Ehe vorausgesetzten Verhältnisse anknüpfen. Aber mit Abgehen vom Leitbild der Hausfrauenehe ist eine Veränderung zwingend.

(196) s. ausführlich Müller-Freienfels, (Fn 12), S.193 ff.; vgl. aber Gernhuber, Familienrecht, S.305

(197) vgl. die Beispiele bei Wiethölter, (Fn 33), S.220 ff.; kritisch dazu BT-Drucks. 7/4361, S.14; auch der Frauenausschuß der IG Metall, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.174

(198) vgl. z.B. Dieckmann, (Fn 70), S.120 f.; gegen die Abwertung der Ehe zum r e i n e n Versorgungsinstitut BT-Drucks 7/650, S.60; kritisch auch Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf, FamRZ 70, 431

(199) MünchKomm-Richter vor § 1569 RdNr 21; wurde außerdem der Unterhaltsverpflichtete plötzlich leistungsunfähig, so mußte der Berechtigte unvorbereitet jede Tätigkeit annehmen.

Gewisse Abhängigkeiten wird eine Ehe immer begründen, schlimm ist daran, daß die Frau bisher praktisch "nur auf Wohlverhalten alimentiert" wurde(199), und das in ihrem gesamten Versorgungsbereich.
So war diejenige Frau eminent benachteiligt, die jahrelang für Ehe und Familie gearbeitet hatte, dann aber z.B. wegen eines einmaligen "Fehltritts" schuldig geschieden wurde und deshalb keinerlei Unterhaltsanspruch hatte. Es wurde hier dem sonst so bedeutsamen Gedanken der Gleichwertigkeit der Haushaltstätigkeit mit der außerhäuslichen Erwerbstätigkeit keine Rechnung getragen.
"Das gegenwärtige Recht verkennt die wahre Verantwortung, welche die Ehegatten mit der Eheschließung füreinander übernommen haben. Es gibt die Möglichkeit, sich unter Berufung auf ehezerstörendes Verhalten des anderen Teils im Wege der Scheidung bequem aller Verpflichtungen zu entledigen"(200).
Bei einer solchen Abhängigkeit, die nicht nur im normalen "funktionierenden" Eheleben eine entscheidende Rolle spielte, sondern sich auch für die gescheiterte Ehe negativ fortsetzte, war der Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot des Art.3 II offensichtlich, somit eine Änderung zu fordern.

III. Die Entwicklung hin zum 1. EheRG

So war also eine neuerliche Reform des Familienrechts unumgänglich(1), die im folgenden insbesondere im Hinblick auf die weitere Verwirklichung der Gleichberechtigung untersucht werden soll

1.) Die verschiedenen Entwürfe

Ein sehr schwieriges und langwieriges Gesetzgebungsverfahren nahm seinen Lauf, zu dessen leicht ironischer Klassifizierung

---

(200) BT-Drucks. 7/4361, S.9; vgl. übrigens zum Zusammenhang zwischen altem und neuem Scheidungsfolgenrecht Engelhardt,JZ 76, 576 ff.; ähnlich schon DiskE, S.32 f.; zu der ebenfalls unbefriedigenden Regelung der Alterssicherung nach altem Recht ausführlich Voskuhl,DRiZ 76, 338

ein Zitat von Kurt Ball dienen mag:(2)

> "Es gibt in Deutschland seit einem Menschenalter zwei Arten der Gesetzgebung. ... Die erste Art war vor dem Krieg verbreitet. Jahrelange Vorarbeiten im Ministerium, Vorentwurf. Zusammentritt der gelehrtesten Männer und Kommissionen. Gegenentwurf. War das Glück gut und starben nicht alle Beteiligten darüber, so kam ein Entwurf zustande, der an den Reichstag ging. Der verwies an eine Kommission. Blieb der Entwurf nicht in der Kommission stecken, weil der Reichstag solche Gründlichkeit für notwendig hielt, daß er darüber aufgelöst wurde, oder weil er Wichtigeres zu tun hatte oder in die Ferien wollte, so konnte der Entwurf schließlich Gesetz werden".

a) Der Bundestag beschloß aufgrund eines Antrages der SPD-Fraktion im November 1967, die Bundesregierung um die Einsetzung einer Kommission zur Überprüfung des Eherechts zu ersuchen(3). Diese Eherechtskommission wurde von Bundesjustizminister Heinemann eingesetzt, und 16 Fachleute verschiedener Berufe und Wissenszweige nahmen im Sommer 1968 ihre Beratungen auf(4).
Am 8.Mai 1970 übergab die Kommission dem damaligen Bundesjustizminister Gerhard Jahn ihre Thesen mit eingehenden Erläuterungen für eine Neuregelung der Scheidungsgründe und des Unterhaltsrechts nach der Scheidung(5).
b) Am 21.6.1970 wurde ein "Diskussionsentwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen" durch den Bundesjustizminister veröffentlicht. Er enthielt 59 §§en, Scheidung und Scheidungsfolgen waren nicht in das BGB eingearbeitet.
Das Gesetz sollte nicht quasi vom "grünen Tisch" erlassen wer-

---

(1) vgl.die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 7/650,S.59; auch Held, FamRZ 70, 509; Die Begründungen waren zwar unterschiedlich, die Notwendigkeit aber unbestritten; zum Problem des unzeitgemäßen Rechts: Wiethölter, Die Wirtschaftspraxis als Rechtsquelle, in: Das Rechtswesen 1971, S.170 f.

(2) Kurt Ball, Vom neuen Weg der Gesetzgebung, 1921, S.15; die andere Art war übrigens das "Durchpeitschen" der Gesetze; S. 16 sagt Ball selbst: "Auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts hat sich die 1. Art gehalten."

(3) vgl. BT-Drucks. V/2162 und das Sten.Protokoll der 131.Sitzung der 5. Wahlperiode, S.6704; zum Ganzen Vogel, FamRZ 76, 481

(4) Den Vorsitz hatte Ministerialdirektor Dr.Rebmann, Justizministerium Baden-Württemberg; zur Bildung und Aufgabenstellung der Kommission sowie zu ihrer genauen Zusammensetzung Vorschläge der ERK, S.9 ff.

(5) Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, 1970; gleichzeitig mit der

den, sondern wegen der außerordentlichen Bedeutung dieser Normen fast für jeden Bürger sollte ein möglichst umfassender Meinungsbildungsprozeß eingeleitet werden, um auch die Auffassungen möglichst vieler Betroffener berücksichtigen zu können(6).

c) Anfang Dezember 1970 leitete das Bundesjustizministerium einen mehrfach geänderten Referentenentwurf den Bundesländern und Verbänden zur Stellungnahme zu(7). Es folgte ein zweiter Referentenentwurf am 15.3.71 .

d) Am 20.9.71 wurde ein Regierungsentwurf für ein Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts erstellt(8), der die Regelung der Ehewirkungen, der Ehescheidung und des Scheidungsfolgenrechts betraf. Diesem folgte ein Regierungsentwurf zu einem Zweiten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts(9), der Zuständigkeiten und Verfahren in Ehe- und Familienangelegenheiten regelte, und der auch weitgehend von der Ehekommission vorbereitet worden war(10).
Durch die vorzeitige Neuwahl in der 6. Legislaturperiode wurde die Reform des Familienrechts in die nächste verschleppt.

e) Am 1.6.73 wurde erneut ein Regierungsentwurf vorgelegt(11), der 1.und 2.EheRG -E zu einem einheitlichen Werk verband, der Bundesrats-Stellungnahmen und Gegenäußerungen der Bundesregierung

---

Eherechtskommission befaßten sich noch andere Gruppen in der Bundesrepublik mit einer Reform des Scheidungsrechts. Hervorzuheben sind verschiedene Frauenverbände, der Deutsche Juristinnenbund, die vom Rat der Evangelischen Kirche eingesetzte Familienrechtskommission und ein beim Kommissariat der Deutschen Bischöfe gebildeter katholischer Arbeitskreis für Eherecht; vgl. auch die Zusammenstellung der Dokumente und Stellungnahmen bei v.Münch, Aktuelle Dokumente; nicht zu vergessen die zivilrechtliche Abteilung des 48.DJT 1970.

(6) In der Tat gingen unzählige Stellungnahmen beim Bundesjustizministerium ein, nicht nur von Verbänden etc., sondern auch von vielen Privatpersonen, Kirchen, politischen Gruppen; vgl. BT-Drucks. 7/650, S.70; grds. zur Mitwirkung des"Adressaten" im Gesetzgebungsverfahren Krüger, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S.72 ff.; auch Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf, FamRZ 70, 431 zum Ganzen; Hirsch, ZRP 71, 83 m.w.N.; Bosch hatte ja in seinem Antrag beim 48.DJT vor Eile gewarnt, S. M 171. Er blieb zwar mit dem Antrag erfolglos, behielt aber in der Sache recht.

(7) Dieser blieb unveröffentlicht, vgl. aber bei Hirsch, ZRP 71, 83 und Hinweise in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.60 ff.

(8) BT-Drucks. VI/2577

(9) BT-Drucks. VI/3453

berücksichtigte, und der am 8.6.73 vom Bundestag in erster Lesung beraten wurde. Dann erfolgte Überweisung an den Rechtsausschuß als federführenden Ausschuß[12].

f) Der Rechtsausschuß überwies den RegE an seinen Unterausschuß "Familien- und Eherechtsreform" am 19.9.73, der den Entwurf in 45 Sitzungen beriet. Der Rechtsausschuß selbst beschloß nach 24 Sitzungen am 11.12.74 mit Mehrheit, die namensrechtlichen Bestimmungen aus dem Gesetzentwurf herauszulösen. Unter der Bezeichnung Gesetz über den Ehe- und Familiennamen wurden sie in einem Gesetzentwurf zusammengefaßt und dem Bundestag vorab vorgelegt[13]. Dieser beschloß ihn zwar am 31.1.75 mit Mehrheit, allerdings verweigerte der Bundesrat am 11.4.75 nach einem Vermittlungsverfahren gem. Art.77 GG diesem Gesetz mit Mehrheit die erforderliche Zustimmung.

g) Nach gründlichen Vorarbeiten[14] legte der Rechtsausschuß am 28.11.75 seinen Zweiten Bericht und Antrag zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines 1. EheRG vor[15], woraufhin Beschluß des Bundestages in 3.Lesung am 11.12.75 erfolgte. Damit schien die Arbeit abgeschlossen, aber das Kernstück des beschlossenen Gesetzes bedurfte der Zustimmung des Bundesrates gem. Art.74 a II GG[16]. Der Bundesrat beschloß am 30.Januar 1976, den Vermittlungsausschuß anzurufen[17]. Dessen Teilände-

---

(10) vgl. die Vorschläge zur Reform des Verfahrensrechts in Ehesachen, FamRZ 70, 429 f. und BR-Drucks. 266/71 die Stellungnahmen des BR zu den Entwürfen; zum Verhandlungsgang im BR selbst Held, FamRZ 71, 490 ff.; Bürgle, FamRZ 73, 509

(11) BT-Drucks. 7/650; vgl. dort auch in Anlage 2 die Stellungnahme des Bundesrates im Verfahren nach Art.76 II GG

(12) andere, sachlich damit zusammenhängende Ausschüsse arbeiteten mit.

(13) BT-Drucks. 7/3119

(14) z.B. erfolgte zum Versorgungsausgleich eine zweitägige Anhörung, deren Verlauf veröffentlicht wurde, vgl. Zur Sache 2/76; dann erfolgten ausführliche Stellungnahmen der mitberatenden Ausschüsse. Darüber hinaus informierte sich der Unterausschuß des RA auch im Ausland über dortige Regelungen und Erfahrungen. Alle Vorarbeiten aus der 6.Legislaturperiode wurden berücksichtigt und ebenso sämtliche Meinungsäußerungen, die beim RA ständig eingingen.

(15) BT-Drucks. 7/4361, der noch einige einzelne Änderungsanträge folgten, z.B. BT-Drucks. 7/4432 und)/4445

(16) Mit dem Versorgungsausgleich regelte das Reformgesetz auch Besoldungs- und Versorgungsfragen für Angehörige des öffentlichen Dienstes der Länder. So hing der gesamte Versorgungs-

rungsvorschlag wurde im entsprechenden Antrag dem Bundestag am 7.4.76 vorgelegt[18], der diesen Vorschlag am 8.4.76 annahm[19]. Diesem Gesetz stimmte dann auch der Bundesrat am 9.4. 76 zu[20], und es wurde am 14.6.76 verkündet, wobei einige Vorschriften bereits am Tag nach der Verkündung in Kraft traten, andere (z.B. die über das Namensrecht) am 1.7.76, der größte Teil des Gesetzes aber erst am 1.7.77.

h) Die wesentlichsten Entwicklungsschritte waren wohl die Vorschläge der Eherechtskommission und der hieraus resultierende Diskussionsentwurf, dann der Regierungsentwurf in BT-Drucks.7/ 650, der Bericht des Rechtsausschusses, sowie der Antrag des Vermittlungsausschusses. Vor allem letzterer brachte bei aller Kürze inhaltlich starke Veränderungen, indem er Punkte entschied, die während des ganzen Verfahrens strittig gewesen waren, und indem er hierbei doch vorwiegend die Meinung der Opposition gegen die Regierungsmeinung durchsetzte.
Durch den intensiven Diskussionsprozeß war das Verfahren sehr in die Länge gezogen worden, was man sicher gern in Kauf nähme, wenn der Gesetzgeber sich auf diese Weise so umfassend wie möglich über die Interessen- und Bedürfnislage der zukünftigen Adressaten informiert und dies auch berücksichtigt hätte. Letzteres ist aber fraglich.

2.) Inhaltliche Entwicklung unter Berücksichtigung der Kritik an den Entwürfen.

So soll im folgenden auf die inhaltliche Entwicklung eingegangen werden, um plastisch zu machen, wie die Einflußnahme vor sich ging, wo gekämpft und wo ziemlich durchgängig die Erstfassung beibehalten wurde. Das Vorgehen der Gremien und politischen Kräfte ist interessant[21] und vor allem, wie dies alles sich auf die Verwirklichung der Gleichberechtigung ausgewirkt hat.

---

ausgleich von der Haltung des Bundesrates ab.

(17) vgl. BT-Drucks.7/4694

(18) BT-Drucks. 7/4992

(19) vgl. den Sten.Bericht von der 235.Sitzung, 7.Wahlperiode, 8.4.76, S.16412 f.

(20) BR-Drucks. 216/76 (7.4.76); vgl. auch bei Giesen, Ehe, Familie und Erwerbsleben, 1977, S.7; die Zustimmung erfolgte übrigens gegen die Stimmen Bayerns und des Saarlandes.

Wenn schon Ramm davor warnt, "der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes gerade bei sehr umstrittenen Lösungen allzu große Bedeutung beizumessen"(22), so soll gleichzeitig deutlich werden, daß nach dem vielen Hin und Her in der Tat die Entstehungsgeschichte inhaltlich nur in engen Grenzen zur Auslegung herangezogen werden kann. Hier darf höchstens die amtliche Begründung der Endfassung dienen, um nicht die Meinungsverschiedenheiten auf die momentane Rechtslage zu übertragen.

Die Sachlage im Gesetzgebungsverfahren stellte sich folgendermaßen dar: "Die Reform des Scheidungsrechts geriet bei den Mehrheitsverhältnissen im Bundestag und Bundesrat in ein eigentümliches politisches Spannungsfeld. Die im Bundestag unterlegene Opposition hatte die Möglichkeit, mit Hilfe des Bundesrates auch auf Teile des Gesetzes Einfluß zu nehmen, die von der Zustimmung des Bundesrates unabhängig waren, sofern nur die Mehrheitsparteien des Bundestages am Versorgungsausgleich festhalten wollten. Und umgekehrt konnte die Mehrheit des Bundestages versucht sein, in der Frage 'Versorgungsausgleich' ein Druckspiel zu betreiben - etwa, indem sie den zustimmungsbedürftigen Teil des Gesetzes (wie ursprünglich bei der Frage nach dem Namen der Eheleute) "abkoppelte",oder aber, indem sie mit eigenen Zugeständnissen im nichtzustimmungsbedürftigen Teil der Reform Zugeständnisse des Bundesrates beim Versorgungsausgleich einhandelte. Damit war eine geradezu ideale Ausgangslage für einen fragwürdigen Kompromiß erreicht"(23).

Die inhaltliche Entwicklung soll an den Zielen und Motiven der Reform gemessen werden, wie sie Justizminister Jahn immer wieder, insbesondere aber auch der Regierungsentwurf vom 1.6.73 zum Ausdruck brachte:

> "Im geltenden Ehe- und Familienrecht, insbesondere im Bereich der persönlichen Ehewirkungen, ist die Gleichberechtigung der Frau noch nicht voll verwirklicht. Im Scheidungsrecht ist das Schuldprinzip nach allgemeiner Anschauung überholt. Die rechtlichen Wirkungen der Ehe,

---

(21) Hier hat sich auch die politische Zusammensetzung der Gremien ausgewirkt, z.B. ergaben sich unterschiedliche Grundtendenzen in den Äußerungen des Bundesrates je nach den dortigen Kräfteverhältnissen.

(22) Ramm, JZ 68, 45, wobei er in Fn 57 sogar noch betont, daß diese Warnung insbesondere Kompromißgesetze betreffe; vgl. zu diesen Konstellationen auch Dieckmann, Unterhalts- und versorgungsrechtliche Betrachtungen zur Reform des Scheidungsrechts, in: FS Bosch, S.120; vgl. auch FR v.1.7.77

(23) Dieckmann, (Fn 22), S.119 f.

> die Ehescheidung und die Scheidungsfolgen sind daher auf eine neue Grundlage zu stellen, die den geänderten gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung trägt" (24).

Hinsichtlich der Stellung der Frau wurde noch ausgeführt:

> "Der Entwurf des neuen Eherechts fordert weder heute noch morgen von der Frau eine einseitige Entscheidung. Ich will keine Frau zwingen, neben den Lasten der Ehe auch noch die des Berufes auf sich nehmen zu müssen. Aber ebensowenig darf unsere Rechtsordnung eine Frau zwingen wollen, nur Hausfrau zu sein, wenn sie selbst es nicht will (...). Nur wenn ihr das Gesetz diese Freiheit sichert, kann das Gebot der Gleichberechtigung durchgesetzt werden" (25).

a) Allgemeine Ehewirkungen

Die verschiedenen Entwürfe hatten das Recht der allgemeinen Ehewirkungen unter dem Verfassungsgebot der Gleichberechtigung - um die Ehefrau dem Ehemann gleichzustellen - so verändert, daß vom Leitbild der Hausfrauenehe abgegangen wurde (§ 1356 BGB), das Namensrecht verändert, Schlüsselgewalt, Unterhaltsverpflichtungen, überhaupt eheliche Rechte und Pflichten ohne geschlechtliche Unterschiede auf beide Partner verteilt wurden(26).
"Für den Bereich der persönlichen Ehewirkungen wird der Gleichberechtigungsgedanke auf der Grundlage eines partnerschaftlichen Verhältnisses der Ehegatten verwirklicht"(27).

aa) § 1353 war zunächst inhaltlich nicht und redaktionell nur leicht verändert worden, da er von der Formulierung her ja jede Gestaltung erlaubte. Diskutiert wurde um seine Notwendigkeit. Nachdem im alten Recht die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft tatsächliche Rechtspflichten ausgelöst, das Zuwiderhandeln nämlich eine Herstellungsklage und letztendlich eine mögliche Scheidung begründet hatte, diese Funktion aber nach dem Plan des Gesetzes mit der Zerrüttungsscheidung entfiel, wurde in der Diskussion immer wieder betont, daß das Verfassungsgebot beachtet werden müsse, das gem. Art.6 GG die Ehe in ihren Grund-

---

(24) BT-Drucks. 7/650, S.1; der Zusammenhang v.Scheidung und Gleichberechtigung wurde nicht angesprochen.

(25) Jahn,G. in: Tatsachen und Argumente, Nr.300, S.3; daß die Frau die Lasten der Ehe trägt, steht für ihn offenbar außer Frage und soll wohl auch so bleiben (!)

(26) so betont Lange, FamRZ 71, 482, daß der RegE von 1971 "einen Gesetzestext liefert, der die Auffassung des Gesetzgebers von der Gleichberechtigung auch äußerlich zur Schau trägt".

(27) BT-Drucks. 7/650, S.1; so schon das Vorwort zum DiskE, S.4

strukturen schützen und sichern wolle, sodaß also bestimmte Pflichten innerhalb der Ehe gesetzlich fixiert sein müßten. Z. B. warnte Hermann Lange davor, "grünes Licht" zu geben "für eine Dekomposition von Werten, zu deren Schutz das Grundgesetz verpflichtet"(28), während doch allgemeinverbindliche eheliche Pflichten aus Art.6 I sich gar nicht unmittelbar herleiten lassen.

Es fragt sich also, wie die "eheliche Lebensgemeinschaft" zu verstehen sei, die eben auch als durch die Verfassung verbürgt beurteilt wird(29).

Die Bundesregierung betonte in ihrer Begründung(30), daß lediglich eine der Funktionen der Generalklausel verlorengehe, ihre Bedeutung aber erhalten bleibe, da ja die Ehegatten weiterhin gehalten seien, ihre freiwillig übernommenen Pflichten zu erfüllen, diejetzt allerdings durch den Gleichberechtigungsgrundsatz mit umschrieben sein sollten.

D.Schwab kritisierte gleich die Beibehaltung der Herstellungsklage in Abs.2, die bei Aufstellung von Pflichten, die keine Rechtspflichten mehr sind, sinnentleert sei, zumal da der Beklagte im Endeffekt selbst entscheide, ob er zur Herstellung verpflichtet sei. Dies ist ja gem. § 1353 II nicht mehr der Fall, wenn die Ehe gescheitert ist(31). Dies Scheitern wiederum kann er aber letztendlich durch seinen eigenen entschiedenen Willen herbeiführen. Auch die Mißbrauchsklausel des alten § 1353 II sollte erhalten bleiben(32). Die Ehe der Entwürfe ist nach Ansicht von Schwab"ein variabler Tatbestand mit einigen wenigen Konstanten"(33).

---

(28) Lange,FamRZ 71, 485; diese Gefahr sah erheraufbeschworen durch die Forderung nach Individualisierung;

(29) vgl. Gernhuber, Familienrecht, S.29; Ramm, Grundgesetz und Eherecht, 1972, S.27 sieht ein Spannungsverhältnis von individueller Sphäre und Gemeinsamkeit; D.Schwab, Zur Reform des Ehescheidungsrechts, in: Engler/Schwab, Beiträge zur Familienrechtsreform, 1974, S.24 sah wegen dieser Problematik sogar den Schwerpunkt der Reform im Recht der allg.Ehewirkungen, zumal da Individualitätsbestrebungen ja auch auf das Scheidungsrecht ausstrahlen

(30) BT-Drucks. 7/650, S.95

(31) Schwab, (Fn 29), S.25

(32) vgl. auch Lange, FamRZ 71, 485, der dies nicht kritisiert, sondern dadurch bestätigt sieht, daß "kein Eherecht ohne jede Bewertung des Verhaltens der Ehegatten auskommen kann".

(33) Schwab, (Fn 29), S.22 ; auch die Minderheit im RA war der Auffassung gewesen, der Begriff der ehel.Lebensgemeinschaft

Unter individualistischen Gesichtspunkten erschien die Statuierung von Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft tatsächlich überflüssig(34), andererseits bei ihrem Beibehalten quasi nur noch aus psychologischen Gründen das Zulassen der Herstellungsklage inkonsequent.
Lange hielt durch den Entwurf von 1971 ein dem Gesetz damals nicht bekanntes Recht zum Getrenntleben gewährleistet, was er ablehnte(35). Er wollte die Verbindung zwischen der Härteklausel im Scheidungsrecht - § 1568 - und dem Herstellungsbegehren besser gesichert sehen, ebenso den nach altem Recht in § 50 I S.4 EheG zum Ausdruck kommenden und über § 1353 II S.3 BGB a.F. für den Herstellungsprozeß relevanten Rechtsgedanken: "Der Ehegatte, der bei angeblich oder wirklich gescheiterter Ehe die Scheidung nicht begehrt, sollte das Recht erhalten, den anderen aufzufordern, innerhalb einer bestimmten Frist die Scheidung zu beantragen, oder die eheliche Lebensgemeinschaft wiederherzustellen"(36). Diese Kritik wurde von Lange auch in späteren Stellungnahmen wiederholt und erneut begründet(37), aber es wurde im weiteren Verfahren nichts mehr verändert, es wurde lediglich § 1353 noch in Abs.1 und 2 aufgeteilt. Wiederholt war nämlich die Forderung erhoben worden, das Scheidungsrecht mit der allgemeinen Formel einzuleiten, daß die Ehe auf Lebenszeit geschlossen werde(38), was dann nicht im Scheidungsrecht, sondern im Abs.1 des § 1353 geregelt wurde. Diese Änderung wurde vom RA durchgeführt(39), um

---

müsse konkretisiert werden (BT-Drucks.7/4361, S.7); soweit die amtl.Begründung Ehepflichten aufzählt, sind es allgemein-moralische Maximen, keine der angeblich strukturrelevanten Pflichten.

(34) vgl. bei Lange, FamRZ 71, 484;(auch hierzu BGHZ 26, 198 ff.) Nach Lange entspricht der von der Rspr. ausgearbeitete Katalog der Pflichten der Ansicht der Mehrheit der Bevölkerung, weswegen nicht dem Ehebild einer Minderheit zum Durchbruch verholfen werden dürfe, weil sonst die Förderung der Ehe durch die Gemeinschaft nicht mehr gerechtfertigt sein könnte.

(35) Lange, FamRZ 71, 485; dabei entspricht ein Recht zum Getrenntleben gerade der Gleichberechtigung i.S. der Selbstbestimmung und Abbau v. Abhängigkeiten.

(36) Lange, FamRZ 71, 485; dem Gleichberechtigungsgedanken hätte dies nicht entsprochen.

(37) vgl. z.B. Lange, FamRZ 73, 581

(38) so schon die Vorschläge der EKK, S.27; Kommissariat der dt. Bischöfe, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.124; Döpfner/Dietzfelbinger , ebenda, S.156; CDU/CSU-BT-Fraktion, ebenda, S. 165; RA d.Dt.Frauenrings, ebenda, S.217; Simitis, ZRP 71, 38 sah hierin die Gefahr, der Gesetzgeber könne in den Ver-

ganz deutlich zu machen, daß unsere Rechtsordnung an dem Prinzip der Unauflöslichkeit der Ehe festhalte. Es ergibt sich dies zwar aus dem allgemeinen Verständnis von Art.6 GG, dann auch aus § 13 II EheG, dennoch hielt man eine Klarstellung für nötig, wohl auch, um die Gegner der Scheidungsreform, die Bedenken der Ehefeindlichkeit unseres Rechts laut werden ließen, zu beruhigen.

ab) Für § 1355 hatten der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, der erste Regierungsentwurf und der zweite Gesetzentwurf der Bundesregierung hinsichtlich der Verwirklichung der Gleichberechtigung eine weitgehend befriedigende Lösung gefunden. Es wurde hinsichtlich des Ehe- bzw. Familiennamens ein Wahlrecht geregelt, das die Möglichkeit vorsah, entweder den Geburtsnamen des Mannes oder den der Frau als Ehenamen zu bestimmen. Auch ein Doppelname aus den beiden Geburtsnamen der Ehegatten sollte möglich sein(40), oder aber derjenige Ehegatte, dessen Geburtsname nicht Ehename wurde, sollte seinen Geburtsnamen dem gemeinsamen Ehenamen anfügen können. Vor allem sollten die Verlobten verpflichtet sein, dem Standesbeamten eine diesbezügliche Erklärung abzugeben, der sonst seine Mitwirkung bei der Trauung verweigern sollte.
Obwohl immer wieder betont wurde, daß im Grunde die praktische Bedeutung dieser Vorschrift nicht allzu groß sei, weil die Übernahme des Mannesnamens in Tradition und Gewohnheit so fest verwurzelt ist, daß auch in Zukunft die meisten Familien den Mannesnahmen wählen würden, war an diesem Punkt der Widerstand konservativer Kräfte außerordentlich groß(41). Man sträubte sich mit aller Macht gegen den Erklärungszwang für die Verlobten, dabei erscheint gerade unter eheförderndem Aspekt eine Eheschließung für Partner, die sich noch nicht einmal über ihren Namen einigen können, ohnehin bedenklich(42).

---

dacht geraten, sich unzweideutig für eine restriktive Interpretation der Scheidungsnormen auszusprechen , s.auch seine Kritik an dieser Forderung, ebenda, S.39; auch die Minderheit im RA, also die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion fürchtete, der Grds. der Unauflöslichkeit der Ehe könne nicht mehr klar genug zum Ausdruck kommen, BT-Drucks. 7/4361,S.6

(39) vgl. BT-Drucks. 7/4361, S.82; die Bundesregierung hatte dies für unnötig gehalten, BT-Drucks. 7/650, S.60

(40) dies schon vorgeschlagen von Ramm, FamRZ 62, 286

(41) vgl. z.B. BT-Drucks. 7/3119, S.4; auch Bürgle, FamRZ 73,509 und Held, FamRZ 71, 497 f. zur Argumentation des Bundesrates: BT-Drucks. 7/650, Anlage 2, S.256 f.

Jedenfalls wäre in der Fassung auch noch des RA durch die freie und konsequente Wahlmöglichkeit des Ehenamens ohne "Auffangklausel" die Berechtigung der Ehegatten, die Art ihres Zusammenlebens zu regeln, auch im Namensrecht voll durchgeführt und so dem Gesamtbild der Ehe als einer gleichberechtigten Partnerschaft entsprochen gewesen(43).

Der Deutsche Industrie- und Handelstag sträubte sich gegen die Änderung von § 1355. Sie sei aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht nötig(44). Überdies bestehe die Gefahr, daß durch die mögliche Namensänderung Personen fälschlich ihre Kreditwürdigkeit vortäuschen könnten(45), weshalb zumindest Publizität der Namensänderung notwendig sei.

Der RA löste ja die Namensregelung zur Vorabentscheidung aus dem Gesetzentwurf heraus, woraufhin der BR den VA anrief, weil angeblich die Herauslösung des Namensrechts nur zu dem Zweck geschehen war, die Zustimmung des Bundesrates zu den übrigen Bestimmungen des 1. EheRG zu umgehen(46). Nachdem aber der VA fast nichts veränderte(47) - der BT nahm dessen Vorschlag an - , verweigerte der BR dem Gesetz über den Ehe- und Familiennamen erneut seine Zustimmung. So rief die Bundesregierung den VA an. Die Endfassung war dann auf dessen Vorschlag zurückzuführen (dieser wieder auf die Vorstellungen des Bundesrates), der einmal die Namensregelungen wieder in das gesamte Gesetzeswerk eingliederte, zum anderen den § 1355 inhaltlich entscheidend veränderte. Zwar bleibt die Wahlmöglichkeit, aber treffen die Verlobten keine Bestimmung, so wird Ehename doch der Geburtsname des Mannes. Des weiteren darf der Ehegatte, dessen Geburtsname nicht Ehename wird, seinen Geburtsnamen dem Ehenamen voranstellen.

---

(42) vgl. auch den RA, BT-Drucks. 7/3119, S.4, der sich der Auffassung der Bundesregierung anschloß, allerdings die Bildung von Doppelnamen aus ordnungspolitischen Gründen nicht mehr zulassen wollte, was auch zur Verwirklichung der Gleichberechtigung nicht zwingend schien, zumal bei Verheiratung zweier Partner mit Doppelnamen diese 12 Möglichkeiten der Zusammenstellung hätten, Ramm, FamRZ 62, 286 hatte vorgeschlagen, in der zweiten Generation die Wahl auf die Entnahme zweier Namen zu beschränken. Gegen den Zwang für die Verlobten, Held, FamRZ 71, 497 f.

(43) vgl. BT-Drucks. 7/650, S.75 und 7/3119, S.3; aber Hillermeier, FamRZ 76, 577

(44) Dt.Industrie-u.Handelstag, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.186

(45) Dt.Industrie-u.Handelstag, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S. 186

Schon die Minderheit im Rechtsausschuß hatte eine solche Lösung begründet mit den Worten:"Wird keine Wahl getroffen, so ist es sachgerecht, den Geburtsnamen des Mannes zum Ehenamen zu bestimmen, weil dies einer langen Rechtstradition und der Überzeugung des überwiegenden Teils der Bevölkerung entspricht"(48).
Mit seinem Vorschlag, den nicht gewählten Geburtsnamen wie bisher anzuhängen, hatte der Bundesrat keinen Erfolg(49), zu erwähnen bleibt aber die Aufhebung der §§ 56, 57 EheG bereits im Diskussionsentwurf(50).

ac) § 1356, der für den Bereich der allgemeinen Ehewirkungen die grundsätzliche Veränderung und Reform am deutlichsten zum Ausdruck brachte, da ja im alten Recht ein bestimmtes Eheleitbild festgeschrieben und normiert wurde, von dem der Gesetzgeber jetzt Abstand nahm, wurde Gesetz in der Fassung, die schon der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 15.3.71 und dann der RegE vom 1.6.73 vorgeschlagen hatte. Es hatte also hier die Kritik nichts bewirkt, war auch nicht so heftig gewesen, was zum Teil sicher daran lag, daß die Fassung des Entwurfs so offen und interpretierbar war und so deutlich die Möglichkeit für alle denkbaren Gestaltungsformen eröffnete, daß jedweder Kritik mit dem Argument begegnet werden konnte, es sei ja jedem Ehepaar unbenommen, ihre spezielle Ehe auch im Sinne alter Rollenverständnisse und Ehestrukturen zu gestalten.
Allerdings wurde dennoch häufig die Gefahr gesehen, mittelbar werde ein Zwang zur Doppelverdienerehe ausgeübt, dies insbesondere im Zusammenhang mit dem Scheidungsfolgenrecht(51). Dabei wollte der Gesetzgeber ausdrücklich nicht das Leitbild der Berufstätigenehe propagieren(52) und betont sogar, daß die überkommene Aufgabenteilung immer noch der Normalfall sei.

---

(46) vgl. BT-Drucks. 7/3268

(47) BT-Drucks. 7/3358

(48) vgl. BT-Drucks. 7/3119, S.4; interessant, daß Bürgle, FamRZ 73, 509 betont, die Veränderung sei nicht vorgeschlagen worden, um die Emanzipation der Frau zu verhindern; auch seine polemische Argumentation. Gegen die Kritik an der Auffangklausel hatte Held, FamRZ 71, 497 polemisiert, es sei unangebracht, entgegen der Tradition nun plötzlich an den Familiennamen der Frau anzuknüpfen, unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung sei dies ebenso gut oder schlecht wie die subsidiäre Anknüpfung an den Mannesnamen; daß hier aber grds. ungerechtfertigt an ein Geschlecht angeknüpft wird, fällt ihm nicht auf.

(49) BT-Drucks. 7/4694, S.2-6

"Diese Aufgabenteilung wird jedoch nicht mehr als allein möglich angesehen"(53).

Giesen sieht den mittelbaren Zwang zur beiderseitigen Berufstätigkeit dadurch gegeben, weil eine Entscheidung für die Hausfrauenehe "eigentlich schon unverantwortlich und leichtsinnig (ist), weil mit dem Risiko behaftet ..., im Ernstfall im Fiasko des Scheiterns der Ehe trotz allen Vertrauens in die gemeinsame Gestaltung der Zukunft und auf die einander versprochene gegenseitige Hilfe ohne diese Hilfe alleinzustehen"(54). Dabei sagt er selbst, "daß durch die neuen Unterhaltstatbestände die Ehefrau ... gezwungen sein wird, nach der Scheidung eine Berufstätigkeit aufzunehmen"(55).

Überdies scheint es unlauter argumentiert, einerseits ständig die Lebenslänglichkeit der Ehe zu berufen, gegen die "Scheidungserleichterungen" des neuen Rechts zu polemisieren(56), und dann plötzlich die Gestaltung der Ehe dadurch beeinfluß zu sehen, wie möglicherweise die Eheleute nach dem möglicherweise nicht zu verhindernden Scheitern und der Scheidung ihrer Ehe handeln müssen(57).

---

(50) vgl. die Begründung bei Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf, FamRZ 70, 436

(51) vgl. z.B. Giesen, Gleichberechtigungspostulat und Familienschutz im Erwerbsleben, in: FS Bosch, S.320, 323; Schwab, D. Probleme des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.69 hält diese Gefahr für nicht gegeben; aber auch Lange, FamRZ 71, sieht eine stille Liebe des Gesetzgebers zur Doppelverdienerehe; vgl. zum Ganzen auch Ramm, (Fn 29), S.28 und den RA der Ev. Frauenarbeit , in: v. Münch ,Aktuelle Dokumente, S. 112; Döpfner/Dietzfelbinger, ebenda, S. 158; Dt.Akademikerinnenbund, ebenda S.192, der in seiner gesamten Argumentation von einer total unveränderten Situation ausgeht, auch sämtliche Regelungen auch wieder auf die Hausfrau abgestimmt haben will, S.189; positiv für einen Wandel werten die Regelung allerdings der Frauenausschuß der IG Metall, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.173 und DAG ebenda , S.174 f.

(52) BT-Drucks. 7/650, S.75

(53) BT-Drucks. 7/650, S.97; vgl. auch BR-Drucks. 260/73, S.97

(54) Giesen, (Fn 51), S.320, dies ist aus mehreren Gründen nicht schlüssig

(55) Giesen, (Fn 51), S.320, Fn 49; schon unter Geltung des alten Rechts betrug der Anteil der geschiedenen Frauen, die in das Berufsleben zurückkehrten, bei den 20- bis 25jährigen 3,2 %, bei den 40-45jährigen 10 %, bei den 55-bis 60jährigen 16,9 % und bei den 60- bis 65jährigen sogar 21,1 %, vgl. Vorschläge der ERK, S.85; auch DAG, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.175; nach der Scheidung entspricht dies laut ERK, S.93 auch dem Grundsatz der Gleichberechtigung.

Wenn auch aus emanzipatorischen Gründen die Berufstätigkeit der Frau - jeder Frau - wünschenswert erscheint, so zwingt die Fassung des § 1356 auch i.V.m. den unterhaltsrechtlichen Regelungen dazu nicht.
Zudem ist nicht zu erwarten, daß eine positive Bewertung der Tendenzen in Richtung auf Berufstätigkeit der Frau, wie sie Bogs vornimmt(58), in naher Zukunft - auch bei den Frauen selbst - sich durchsetzen wird.
Grundsätzlich warnte D.Schwab vor der völligen Aufgabe eines Eheleitbildes(59), und Hermann Lange hatte sogar eine Reform des § 1356 überflüssig gefunden(60), insbesondere, weil es der Rechtsprechung gelungen sei, diese Norm verfassungskonform auszulegen und anzuwenden. So sei für die Doppelverdienerehe genug Spielraum, hinsichtlich der Hausfrauenehe aber, die doch eine sehr häufige Ehegestaltung darstelle, würden die Verhältnisse realistisch wiedergegeben(61).
Das Recht der Erwerbstätigkeit in Abs.2 wurde normiert wegen der Bedeutung dieses Grundsatzes, dann aber auch, um die Einschränkung dieses Rechts vornehmen zu können, also die Pflicht der Rücksichtnahme für beide Ehegatten festzuschreiben: "Da die Aufgaben von Mann und Frau in der Ehe nicht mehr gesetzlich verteilt werden, entfällt die Notwendigkeit und Berechtigung, das Recht des Mannes und der Frau, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, unterschiedlich auszugestalten. Jeder Ehegatte hat grundsätzlich

---

(56) Giesen, (Fn 51), z.B. S.316

(57) Die Scheidungshäufigkeit ist in der Bundesrepublik trotz aller Panikmache noch so gering, daß beim Eheschluß keineswegs davon ausgegangen werden kann, diese Ehe werde scheitern, und gutwillig werden die meisten Eheschließenden sein. solche Gedanken aber bei Giesen, (Fn 51), S.324; daß er unrecht hat, ergibt sich auch aus den verschiedenen Umfragen von Pross, z.B. Die Wirklichkeit der Hausfrau, 1974, S.201ff

(58) Bogs, Neues Eherecht und Sozialversicherung,in:ders.(Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.118/119; so auch Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 1973, S.219 in bezug auf Gleichberechtigung u. Scheidungsmöglichkeit

(59) Schwab, (Fn 29),S.24 f.; für gefährlich hielt er dies wegen der Auswirkungen auf den Begriff der "ehel.Lebensgemeinsch." in § 1353, der beim Fehlen eines bestimmten Ehebildes ganz auf die individualistische Ehegestaltung angewiesen sei.

(60) "Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen", Lange, FamRZ 71, 486

(61) dazu Hoffmann-Bludau, Die Neuordnung der ehelichen Unterhaltspflicht der Frau nach dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG), 1975, S.156: "Wenn Lan-

das Recht, erwerbstätig zu sein. Dieses Recht ist der Frau schon deshalb auch im Gesetz ausdrücklich zu geben, weil eine eigene Erwerbstätigkeit der Ehefrau zu Selbständigkeit und Selbstbewußtsein verhilft und ihr diese Möglichkeit der Entwicklung vom Gesetz nicht versagt werden darf"(62).

Wenn doch wieder von einer vorrangigen Rücksichtnahmepflicht der Mutter auf die Familienbelange die Rede war(63), so handelt es sich hierbei um eine gefährliche Beruhigungsformel(64).

Mit dem RA ist zu betonen: "Beide Ehegatten sind im Grundsatz zur Berufstätigkeit und zur Haushaltsführung gleichermaßen berechtigt und verpflichtet. Sie regeln die Aufgabenverteilung in der Ehe wie alle anderen Angelegenheiten des gemeinsamen Lebens in gegenseitigem Einverständnis und in eigener Verantwortung"(65).

ad) § 1357 erfuhr in sämtlichen Entwürfen geringfügige Änderungen, die aber nur redaktioneller Art zu sein schienen. Nachdem es im ersten Referentenentwurf "Geschäfte für den laufenden Unterhalt" und im 2. RefE "Geschäfte für den angemessenen Lebensbedarf" geheißen hatte, wurde aus "Geschäfte zur Deckung des angemessenen Lebensbedarfs" "Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs", was aber durchaus inhaltlich gemeint war, denn auf diese Weise sollte die von Regierung und Rechtsausschuß gewollte und notwendige Einschränkung des Geschäftsführungsrechts der Ehegatten möglichst klar zum Ausdruck kommen(66).

---

ges Vertrauen in die Rspr. so groß ist, daß ihm auf der einen Seite die zeitangemessene Anwendung von Normen auch entgegen ihrem strikten Wortlaut gewährleistet erscheint, ist nicht recht einzusehen, wie auf der anderen Seite eine neutrale Gesetzesfassung zu einseitigen Interpretationsverlagerungen führen könnte"

(62) BT-Drucks. 7/650, S.98; daß ein solches Recht extra gewährt werden muß, zeigt im Grunde die Situation sehr deutlich.

(63) Das Vorwort zum DiskE, S.4 hatte ausdrücklich die beiderseitige Rücksichtnahme betont, aber S. 159 auch mit Vorrang der Mutterschaft.

(64) Immerhin wurde die Änderung des Gesetzes zum Teil geradezu als Untergang von Sitte und Moral, gar des Rechts angesehen, vgl. kritisch dazu Just, Für ein neues Ehescheidungsrecht, in: Wassermann (Hrsg.), Justizreform, 1970, S.162

(65) BT-Drucks. 7/ 4361, S.8 Von einer hervorragenden grundsätzlichen Eignung oder Verpflichtung eines der beiden Partner darf keinesfalls ausgegangen werden.

(66) BT-Drucks. 7/ 4361, S.26; von einer unbeschränkten Geschäftsführungsbefugnis, die eine echte Neuerung gewesen wäre, wurde doch abgesehen, Geschäfte größeren Umfangs, die ohne Schwierigkeiten zurückgestellt werden können, entfallen. BT-Drucks. 7/650, S.99

Die Kritik hatte sich hinsichtlich der Schlüsselgewalt zum Teil daran entzündet, ob diese Norm überhaupt notwendig bzw. sinnvoll sei, nachdem die Entwürfe sie übernommen und darin das Konzept der Gleichberechtigung durch die Formulierung äußerlich zum Ausdruck gebracht hatten, indem die "Schlüsselgewalt" beiden Ehegatten gleichmäßig gewährt und sie auch beide berechtigt und verpflichtet wurden(67). Durch die geplante gesamtschuldnerische Haftung der Gatten wurde ein übertriebener Gläubigerschutz festgeschrieben. Darin, daß nicht mehr nur der haushaltführende Gatte berechtigt werde ,den anderen zu verpflichten, wurde eine Benachteiligung der Frau gesehen, weswegen versucht wurde zu erreichen, daß nur für den Fall beiderseitiger Berufstätigkeit gemeinschaftliche Berechtigung und Verpflichtung gelten sollte(68).

Dennoch blieb § 1357 mit diesem Inhalt erhalten, denn der Gesetzgeber sah die Gleichberechtigung so am besten verwirklicht,und man meinte, auf eine derartige Vorschrift nicht ganz verzichten zu können, zumal da doch in vielen Fällen eine Ehe in der Art gebildet würde, daß eben ein Gatte die Haushaltsführung übernimmt(69).

Die Beschränkungsbefugnis hinsichtlich der Berechtigung gem. Abs. 2 wurde durchgängig beibehalten, Abs.3 - die Nichtgeltung für den Fall des Getrenntlebens - war erst durch den 2. RefE dazugekommen, denn im alten Recht hatte sich dies direkt aus der Anknüpfung an den 'häuslichen Wirkungskreis' ergeben, der ja bei Getrenntleben nicht mehr gegeben war.

Die Kritik der Reformliteratur hatte hier nichts ändern können.

ae) § 1360 wurde Gesetz in der Fassung schon des 2. RefE v. März 71. Die Unterhaltspflicht war gleichgeschlechtlich formuliert, und in Satz 2 wurde klargestellt, daß im Fall einer Hausfrauenehe (oder Hausmannehe) die Hausarbeit der außerhäuslichen Erwerbstätigkeit gleichstand(70). Eine Regelung der Erwerbstätigkeit für den Notfall, wie sie nach altem Recht noch in § 1360 S.2, 2.Halb-

---

(67) Lange, FamRZ 71, 486 warnte vor nicht bedachten Einzelschwierigkeiten

(68) Bosch,FamRZ 71, 61; 75, 425; 76, 403; Hobelmann, FamRZ 71, 499; positiv zum Ganzen aber Kropholler,Gleichberechtigung durch Richterrecht, 1975, S.22, der die derartige Regelung begrüßt, weil sie schon im 1. RegE zum GlBerG vorgesehen war und auch von der Rspr. von 1953 - 1958 so gesehen wurde.

(69) zur grundsätzlichen Verzichtbarkeit der Norm vgl. Struck, MDR 75, 449; Büdenbender, FamRZ 76, 662 dagegen betont ihre

satz enthalten war, schien unter dem partnerschaftlichen Aspekt der Eheführung überflüssig.

af) § 1360 a stellte nach der Fassung schon des 2. RefE vom März 71 und des RegE 73 fest, daß beide Ehegatten verpflichtet sein sollten, sich die Unterhaltsmittel im voraus gegenseitig zur Verfügung zu stellen, oder eben der erwerbstätige Gatte dem haushaltführenden. Es wurde hier praktisch nur im Vergleich zum alten Recht der Grundsatz, der eine geordnete und sachgerechte Haushaltsführung sicherstellen soll(71), dem Gleichberechtigungsgrundsatz angepaßt und der neuen partnerschaftlichen Ehegestaltung.
Heftig diskutiert wurde um § 1360 a IV, wonach die Kostenvorschußpflicht für Prozesse der Ehegatten untereinander ausgenommen werden sollte. Die Idee dieser Norm war, daß die Abneigung der Ehegatten untereinander verstärkt werde(72), wenn ein Ehegatte den Prozeß des anderen gegen sich selbst finanzieren müßte, während allerdings der Bundesrat nicht ganz zu Unrecht argumentierte, daß ein Streit um die Kostenvorschußzahlung selbst dies nicht minder tue, daß aber überdies der unterhaltsberechtigte Ehegatte sich erheblich zurückgesetzt fühlen müsse, wenn er trotz seines Unterhaltsanspruchs auf das Armenrecht verwiesen würde(73).
Der Rechtsausschuß war der Ansicht, "daß überwiegende Gründe dafür sprechen, es auch in diesen Fällen bei der Prozeßkostenvorschußpflicht des geltenden Rechts zu belassen"(74), sodaß es bei § 1360 a IV in der Fassung des GlBerG blieb.

ag) Die Kritik an § 1361 richtete sich hauptsächlich gegen eine zu weitgehende und kompromißlose Unterhaltsgewährung bei Getrenntleben(75). Es wurde eine stärkere Verzahnung mit der nachehelichen Unterhaltshärteklausel gefordert und davor deren Verschärfung(76), um nicht den Unterhaltsanspruch während des Getrennt-

---

Notwendigkeit und besondere Bedeutung.

(70) BT-Drucks. 7/650, S.99

(71) BT-Drucks. 7/650, S. 100; Lange, FamRZ 71, 486 kritisierte nicht durchdachte Fragen des Verhältnisses von §§ 1360, 1360a zum Verwandtenunterhalt.

(72) vgl. BR-Drucks.266/71, S.43; BT-Drucks. 7/650, S.100

(73) BT-Drucks. 7/650, S.100; dagegen BT-Drucks. 7/650, Anlage 2, S.258; auch bei Held, FamRZ 71, 498

(74) BT-Drucks. 7/4361, S.26; auch Lange, FamRZ 71, 486 und 73, 581 plädiert mit guten Gründen für die Beibehaltung des al-

lebens völlig wertfrei halten zu müssen. Diese Verzahnung des § 1361 mit § 1579 ist ja in seinem Abs.3 gewährleistet, und da in § 1579 tatsächlich in Abs.1 Nr.4 eine weitergehende Billigkeitsklausel aufgenommen wurde, hatte diese Kritik letztendlich (mittelbar) Erfolg.
§ 1361 selbst aber wurde weitgehend unverändert in der Fassung des RegE 73 übernommen, die schon dem 2. RefE entsprochen hatte, wonach ein Ehegatte von dem anderen den nach den Lebens-, Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Gatten angemessenen Unterhalt sollte verlangen können. Gem. Abs.2 wurde die Aufgabenteilung, die während der Ehe vorgenommen worden war, grundsätzlich perpetuiert und nur für Ausnahmefälle eine Abänderung angeordnet. Auch die Abs.3 und 4 blieben unverändert. Allerdings nahm der Rechtsausschuß noch eine Erweiterung vor: in Abs.1 wurde aufgenommen, daß ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens zum Unterhalt auch die Kosten für eine angemessene Altersversicherung etc. gehöre. So sollte die zeitliche Lücke gefüllt werden, die dadurch entstand, daß der Versorgungsausgleich nur die Zeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags erfaßte, während die Unterhaltsregelung für die Zeit nach der Scheidung erst ab Rechtskraft des Scheidungsurteils eingreift. So blieb also die Zeit zwischen Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und der Rechtskraft des entsprechenden Urteils zu überbrücken(77).
Die durch den RA gefundene Fassung wurde Gesetz.

b) Scheidungsrecht

Die Zielsetzung der Reform wurde hier folgendermaßen formuliert:

> "Das Recht kann menschliche Unzulänglichkeiten und Schicksalsschläge nicht verhindern. Es kann nur die daraus entstehenden Belastungen versuchen, zwischen den Betroffenen einigermaßen gerecht auszugleichen. Deshalb kann es nicht das Ziel dieses Reformentwurfes sein, die Ehescheidung zu...

---

ten Zustandes. Hier spielten zwar fiskalische Gründe eine Rolle, aber auch die Erwägung, daß der Unterhaltsanspruch desjenigen Ehegatten, der klagen will, in nicht vertretbarer Weise eingeschränkt würde.

(75) vgl. Lange, FamRZ 71, 487

(76) Lange, FamRZ 73, 581

(77) BT-Drucks. 7/4361, S.27

beseitigen. Aufgabe der Reform ist es vielmehr, das Recht der Ehescheidung und ihrer Folgen gerechter und sozialer zu gestalten, damit den betroffenen Menschen zu helfen, das Recht wieder glaubwürdig zu machen und die es anwendende Justiz in die Lage zu versetzen, ihre Aufgabe wieder sachgemäß zu erfüllen" (78).

Die Kritik in der Reformliteratur und Diskussion in der Öffentlichkeit setzte nun zunächst nicht bei den Normen des Scheidungsrechts direkt an, sondern bei dessen Tendenzen und Grundprinzipien; es ging also um Zerrüttung, Scheitern, Verschulden, Unauflöslichkeit der Ehe, Verstoßung etc.(79).

Eine direkte Beibehaltung des Verschuldensprinzips wurde zwar von niemandem gefordert(80), aber die Konsequenz in bezug auf das Zerrüttungsprinzip war sehr unterschiedlich(81).

Das Reichsgericht hatte schon definiert:"eine Ehe ist zerrüttet, wenn bei einem der Ehegatten oder bei beiden die eheliche Gesinnung zerstört, also eine völlige innere Entfremdung eingetreten ist, die es dem Ehegatten unmöglich macht, fernerhin dem anderen Ehegatten die ihm nach dem Wesen der Ehe geschuldete Liebe und Achtung entgegenzubringen"(82), oder Wolf: "Eine Ehe ist zerrüttet, wenn es dauernd unmöglich ist, sie zu führen"(83).

Mikat machte deutlich, daß das Zerrüttungsprinzip und seine Entwicklung "ein bestimmtes geistiges Klima voraus(setzen), das für gewöhnlich mit Begriffen wie 'Individualismus' oder 'Subjekti-

---

(78) BJM Jahn im Vorwort zum DiskE, S.8; vgl. auch BT-Drucks. 7/650, S.62; es kam hier also eine gewisse Neutralität des Gesetzgebers zum Ausdruck, was die Höhe der Scheidungsrate anlangt.

(79) Die Diskussion über das Scheidungsrecht ist sehr stark ideologiebefrachtet; vgl. z.B. bei König, Die Familie der Gegenwart, 1974, S.105, 136, wo er an die stark ideologisch geführte Diskussion in Italien erinnert; auch sehr emotionsbeladen ist dieser Bereich der Gesellschaftspolitik, vgl. FR vom 1.7.77: "Bis daß der Tod sie scheidet..."; vgl. Hartwieg/Rebe, Familienrecht und Familiensoziologie, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.35; MünchKomm-Wolf vor § 1564 RdNr.3; Kühn, ZRP 75, 166

(80) Das Bekenntnis zum Zerrüttungsprinzip war nahezu einhellig, vgl. z.B. in den Verhandlungen zum 48.DJT, S. M181;, Held, FamRZ 70, 509; Bosch, FamRZ 70, 109; besonders klar und entschieden Wolf, NJW 68, 1502; Giesen, Aktuelle Probleme einer Reform des Scheidungsrechts, 1971, S.7 f.; vgl. den Auffassungswandel auch in der Bevölkerung, statistisch belegt bei Waller-Döhner/Kulms/Höh, Soziologie der Scheidung, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.82 f.

(81) ausführlich und grundlegend zum Zerrüttungsprinzip, insbes. in historischer Hinsicht - denn diese Gedanken sind nicht neu - Mikat, FamRZ 62, 61; 273; 497; und 63, 65; zur Entwicklung auch MünchKomm-Wolf vor § 1564 RdNr 7 ff.

vismus' umschrieben wird"[84], wodurch wiederum der Zusammenhang zwischen Scheidungsrecht, respektive Zerrüttungsprinzip und Gleichberechtigung deutlich wird.

Grundsätzlich ist zu sagen, daß nicht nur aus Gründen der Individualität, sondern auch und gerade um der positiven Funktionen und Werte der Ehe willen eine Möglichkeit zu ihrer Auflösung bestehen muß. Krisenhaft ist im übrigen der Zusammenbruch der Ehe, die Scheidung ist dagegen bereits eine Anpassung an den neuen Zustand. Von hier aus gesehen hat sie also zweifellos eine positive Funktion, indem sie den Auseinandersetzungen ein Ende setzt. Sie ist also zwar ein Unglück, gleichzeitig aber ein notwendiges "Sicherheitsventil", eine Art möglicher Fluchtweg aus den Spannungen, die eine Ehe mit sich bringen kann[85].

Eine einmal geschlossene Ehe um jeden Preis zu kitten, hat wenig Sinn, kein Mensch profitiert auch davon, einen Partner an sich zu fesseln, dem die Bereitschaft zur ehelichen Gemeinschaft völlig verlorengegangen ist. Und wie Simitis sagt: "Rechtsnormen sind keine Mittel gegen Enttäuschung, Verlassenheit und Entfremdung. Sie können bestenfalls eine Ehe in akzeptabler Form liquidieren, nicht aber sie ketten"[86].

Es geht also nicht um Schuld, um Bestrafung oder Belohnung mit Ehe oder Freiheit, um subjektives Festhalten oder Fortwollen, son-

---

(82) RGZ 163, 338 (342)

(83) Wolf, NJW 68, 1498; vgl. im übrigen Neuhaus, FamRZ 68, 57, der nach geschichtlicher und Untersuchung nach dem Wortsinn zu dem Ergebnis kommt, der Begriff "Zerrüttung" sei völlig offen.

(84) Mikat, FamRZ 62, 273 et passim

(85) König, (Fn 79), S.126; vgl. aber VerwG Berlin, FamRZ 56,229, das zwar die Ehescheidung für sittlich nicht gerechtfertigt hält, sie aber für in Kauf genommen hält, um noch schwerere Störungen der sittlichen Ordnung zu verhüten; Wurzbacher/Cyprian, Ehe und Ehescheidung in soziologischer Sicht, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.17; Habscheid, Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, in: FS Bosch, S.367; König, Materialien zur Soziologie der Familie, 1946, S.91; sehr konsequent und gut i.S. des Zerrüttungsprinzips auch Schwind, Ehe und Recht, in: FS Bosch, S.923 f.

(86) Simitis,ZRP 71, 41 oder Deubner, Zerrüttungsprinzip und Streitträchtigkeit, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.50; Mikat, FamRZ 70, 337; Rheinstein, Marriage, Stability, Divorce and the Law, 1972, S.136: "The law can preclude divorce, but it cannot prevent factual marriage breakdown"; s. auch Giesen, (Fn 80), S.17

dern einfach darum, ob die Ehe effektiv noch besteht, also gewissermaßen um eine objektive Prüfung, wenn diese auch letztendlich aus subjektiven Kriterien zusammengesetzt ist. "Nur an den Ehezwecken kann gemessen werden, ob eine konkrete Ehe funktionslos geworden ist"(87).

Art.6 I i.V.m.Art.3 II fordern eine Scheidungsmöglichkeit für beide Gatten gleich, die menschenwürdig die Partner trennt mit einem Minimum an Bitterkeit und einem Maximum an Fairness(88). Ansonsten fordert die Verfassung wohl nur eine Ausgestaltung des Scheidungsrechts in einer Form, die die Scheidung Ausnahme sein läßt(89).

All dies scheint durch das Zerrüttungsprinzip erreichbar zu sein. Allerdings wurde kritisiert, dieses Gemisch aus Fristen, Vermutungen, Härte- und Billigkeitsklauseln sei gar kein einheitliches Prinzip(89 a); dann wurde gesehen, daß viele Schwierigkeiten, die man mit dem Verschuldensprinzip gehabt hatte, auch beim Zerrüttungsprinzip wieder auftauchen würden(90). Indem z.B. festgestellt werden müsse, o b die Ehe gescheitert sei, würden doch wieder Elemente zur Prüfung kommen, die an das alte Verschuldensprinzip und die Eheverfehlungen erinnerten(91).

Dies wurde im Verlauf des Verfahrens immer wieder gerügt; statt aber das Zerrüttungsprinzip deshalb noch mehr versachlichen und objektivieren zu wollen, wurde immer mehr Berücksichtigung von

---

(87) Diese sind ja aufgrund der subjektiven Gestaltung der ehel. Lebensgemeinschaft nach dieser konkreten Ehe zu bestimmen. Damit ist die Verbindung auch zu § 1353 hergestellt, vgl. Gernhuber, Familienrecht, S.215; zu diesem personalen Eheverständnis, das Grundlage des Zerrüttungsprinzips ist, auch Schwab, FamRZ 76, 493; ähnlich Hirsch,ZRP 71, 83; und - mit statistischem Material - Waller-Dönner/Kulms/Höh, (Fn 80), S.88

(88) vgl. Giesen, (Fn 80), S.14; vgl. schon Riehl, W.H., Die Geschichte von Eisele und Beisele, 1848, S.118: "Nachdem sie (die beiden Ehegatten) kaum ein Vierteljahr zusammengelebt hatten, verständigten sie sich in der freundschaftlichsten Weise, das Bündnis wieder aufzulösen ... Ist das nicht sittlicher gedacht, als wenn man jahrelang in lügnerischer Ehe sich martert? (allerdings ändert er seine Ansicht später radikal, vgl. ders. Die Familie, 1855, S.217)

(89) Gernhuber, Familienrecht, S.217

(89a)vgl. z.B. Lange, FamRZ 73, 580; Deubner, (Fn 86), S.50; Giesen, (Fn 51), S.314; ders. (Fn 80),S.10: "Wenn man Generalklausel und Fristen kumuliert, kumuliert man auch ihre Nachteile; hierzu auch Müller-Freienfels, 48.DJT, S. M 22

(90) vgl. bei Simitis, ZRP 71, 39; auch Lange,FamRZ 71, 488; Grunsky, Verfahrensrechtliche Probleme einer Ehescheidungs-

Verschuldenselementen, die Übernahme alter Zurechnungskriterien gefordert[92].

Insbesondere wurde befürchtet, durch die Einführung des Zerrüttungsprinzips eine zu große Scheidungserleichterung zu bewirken, ja der "Verstoßung", "einseitigen Kündigung" innerhalb der Ehe, auch der gemeinschaftlichen Auflösung der Ehe durch die Gatten selbst Vorschub zu leisten"[93].

Dabei plädiert Giesen einleuchtend statt Generalklausel und Trennungsfristen[94] für die einverständliche Scheidung: sie bedeute kein Abgehen von der Ehe auf Lebenszeit, denn schon heute wüßten Paare, daß w e n n sie sich unbedingt scheiden lassen wollten, sie dies auch könnten[95]. Außerdem sei die Scheidbarkeit der Ehe nicht trotz des Schutzes der Ehe erforderlich, sondern gerade wegen dessen.

Wer aber bei streitiger Scheidung von Verstoßung spricht, denkt das Zerrüttungsprinzip nicht konsequent. Eine Ehe, in der auch nur ein Gatte sich von der Bindung vollständig gelöst hat, ist zerrüttet, dies ist unumgänglich[96], und eine zerrüttete Ehe ist letztendlich eine Nicht-Ehe.

"Was mit Verstoßungsscheidung bezeichnet wird, ist eine Konsequenz aus dem Zerrüttungsgedanken, und nur der Zerrüttungsgedanke erlaubt eine sachgerechte Regelung der Ehescheidung"[97].

---

reform, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.139; Deubner, (Fn 86), S.50; Held, FamRZ 70, 300; Mikat, FamRZ 70, 339; Neuhaus, FamRZ 70, 350 ff.; Hirsch, ZRP 71, 83; Dieckmann, ZRP 71, 196; Giesen, (Fn 80), S.10; Bosch, FamRZ 77, 570; Habscheid, (Fn 85), S.359

(91) Wolf, JZ 74, 19 sieht darin eine verfassungsrechtlich unrechtmäßige staatliche Beschränkung des Rechts der Gatten, über die Beendigung ihrer Ehe selbst zu entscheiden. Die Vorschläge der ERK waren davon ausgegangen, daß die Zerrüttung aus Umständen geschlossen werden könne, bei deren Feststellung die private Sphäre der Gatten geschont bleibe, S.33

(92) z.B. Lange, FamRZ 73, 580; auch Roth, H., Muß die Ehe geschützt werden? in: Ruthe, (Hrsg.), Ist die Ehe überholt? 1972, S.90; und Mikat, FamRZ 70, 338 betonte, daß es ein Bestandteil der Würde des Menschen sei, schuldig werden zu können. Dabei machte Simitis, ZRP 71, 39 zurecht klar: der Verzicht auf die Frage nach der Schuld sei unmittelbarer Ausdruck des Respektes vor der Komplexität ehelicher Beziehung und damit Parteinahme für ein personalisiertes, damit humanisiertes Scheidungsrecht; ähnlich Deubner, (Fn 86), S.50

(93) vgl. Held, FamRZ 71, 493; Lange, FamRZ 71, 489; Giesen, (Fn 51), S.316 u. Fn35; BACDJ, FamRZ 70, 302 u.a.

(94) Giesen, (Fn 80), S.11 ff.; er sieht übrigens inzwischen seine Bedenken bestätigt, vgl. Giesen/Gick, JR 79, 1

Dann wurde in der Kritik am Zerrüttungsprinzip auch immer wieder auf die Funktion des Scheidungsrechts verwiesen, eine Scheidung zu verhindern, wenn der Scheidungswillige die Zerrüttung selbst verschuldet hatte. Die Gesetzesvorlagen hatten darauf verzichtet, aber ständig wurde betont, es könne nicht ein Ehegatte aus eigenem Versagen Rechte gegen den anderen herleiten, es wurde also am Gedanken des Rechtsmißbrauchs festgehalten(98), der eine Verschuldensprüfung begründen sollte. Dieser Aspekt erscheint aber grundsätzlich im Scheidungsrecht absurd.
Eine merkwürdige Eheauffassung, die die Möglichkeit, sich vom Partner zu trennen, als "Recht" definiert, quasi als Bevorzugung(99). Dabei wird durch ein "Bestrafen" des "bösen" Ehegatten mit Festhalten an der Ehe deren vielgerühmtem "Wesen" nicht gut gedient, die Ehe muß dadurch immer negativer bewertet werden(100).

---

(95) Giesen, (Fn 80), S.12; er betont S.13 nochmals, die versteckt praktizierte einverständliche Scheidung solle institutionalisiert werden; ebenso betont er S.16: die Privatautonomie der Ehegatten finde aber ihre Grenze an der Sozialfunktion des Rechts, d.h. die Folgen müssen zufriedenstellend geklärt sein.

(96) ähnlich Simitis, ZRP 71, 39; insbesondere Lüke, Die persönlichen Ehewirkungen und die Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe- und Familienrecht, in: FS Bosch, S.638; Just-Dahlmann, Diskussionsbeitrag 48.DJT, S. M 70; es mag sich hier zunächst um eine einseitige Sache handeln, die aber dadurch doch zur beidseitigen wird, daß dem noch ehewilligen Gatten in keinster Weise gedient ist, wenn die Ehe aufrechterhalten wird. "Zerrüttete Ehen haben für beide Ehegatten ihren Wert verloren", Humanistische Union, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.163

(97) Lüke, (Fn 96), S.638; vgl. auch die Bedenken der Humanistischen Union, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.162, der Gesetzentwurf sichere nicht die uneingeschränkte Scheidungsmöglichkeit zerrütteter Ehen.

(98) vgl. z.B. Lange, FamRZ 73, 581; auch in den Verhandlungen im BR mehrfach geäußert, vgl. bei Held, FamRZ 71, 491,493; Pal.-Diederichsen zu § 1565, Anm. 4; grds. Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf, FamRZ 70, 434; vgl. auch bei Bürgle, FamRZ 73, 510 f.; Dölle, Familienrecht, S.485; Roth, FamRZ 70, 111; die Vorschläge der ERK, S.34 wollten dieses "allgemeine Gerechtigkeitsproblem" mit einer Härteklausel lösen; vgl. aber auch die EKD , in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.37 f. und Kommissariat der dt.Bischöfe , ebenda, S. 126; BR in BT-Drucks. 7/650, Anlage 2, S.259; gut gegen den Rechtsmißbrauchsgedanken und insoweit konsequent zur Zerrüttung, Müller-Freienfels, 48.DJT, S. M26

(99) a.A. die h.M., die in der Tat ein dem Privatrecht angehörendes Scheidungsrecht anerkennt, das neben dem öffentlichrechtlichen Anspruch auf Erlaß des Scheidungsurteils bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes besteht, vgl. Gernhuber, Familienrecht, S.222 m.w.N.

Zu Recht formulierte Müller-Freienfels, daß derjenige, der sich auf den Rechtsmißbrauch beruft, also den anderen "strafen" will, auch keine besonders sittliche Regung zeige(101).
Im Gegensatz dazu wurde auch immer wieder an die Bedenken gegen alte Grundsätze erinnert, was die Verschuldensprüfung anlangt(102), und auch unter diesem Aspekt betont, daß die Aufrechterhaltung einer völlig zerrütteten Ehe sittlich nicht gerechtfertigt sei, sie könne eher von der Ehe abschrecken als ihrem Schutz dienen(103).

ba) Die Linie der Entwürfe war denkbar einfach und konsequent: Scheitert die Ehe, so kann sie geschieden werden(104).
Schon der Begriff des "Scheiterns" in § 1565 war umstritten, demgegenüber viele Autoren vorschlugen, bei dem Begriff Zerrüttung zu bleiben, der schon bekannt und vertraut sei, weil auch durch den Begriff des Scheiterns solchen Ehen nicht gerecht würde, die jahrzehntelang gut funktioniert hätten, und erst nach langen Jahren aus irgendwelchen Gründen zerstört worden wären(105).
Die Bundesregierung dagegen sah in dem Begriff des Scheiterns kein Unwerturteil über die bisherige Ehe, sondern lediglich eine Schilderung derselben im Zustand bei Scheidung, der auf vielerlei Vorgängen beruhen könne(106). Nicht jede, sondern nur die endgültige Zerrüttung führt zur Scheidung. Deshalb verwendeten die Entwürfe nicht den herkömmlichen Begriff der Zerrüttung, sondern führten denjenigen des Scheiterns neu ein(107).
Hinsichtlich der Scheiternsprüfung, wie sie sich aus der Legaldefinition im § 1565 der Entwürfe ergab, und wie sie auch die Endfassung vorsieht, wurde als schwierig ansehen, daß ein sehr umfassender momentaner Aspekt und eine Prognose für die Zukunft

---

(100) Dann kommt noch die doppelte Moral hinzu: wenn ein Ehegatte eine "Eheverfehlung" begangen hat, ist die Scheidung möglich, haben beide "gefehlt" , nicht, vgl. zum alten Recht ganz extrem Bergerfurth, FamRZ 62, 247; Mitderartigen Begründungen wurde aber eine Härteklausel gegen die Scheidung gefordert, vgl. Schwab, (Fn 29), S.18; BACDJ, FamRZ 70, 302; Bürgle, FamRZ 73, 513, der dadurch Gerechtigkeit und Billigkeit gewahrt sieht.

(101) Müller-Freienfels, Ehe und Recht, 1962, S.155 f.

(102) Deubner, ZRP 72, 153

(103) DiskE, S.37; Nachweise bei Müller-Freienfels, (Fn 101), S. 154, er selbst äußert sich S.168 vorsichtiger wegen des humanen Ethos der Scheidung.

(104) Die Humanistische Union, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.160 hatte übrigens die Formulierung gefordert: "Eine Ehe

zusammentrafen[108]. Da in der Begründung betont wurde, die Überprüfung dieser Kriterien müsse ganz auf den Einzelfall abgestellt werden, entsprechend der völlig freien Gestaltbarkeit der einzelnen Ehe, die dazu führt, daß in der einen Ehe die Lebensgemeinschaft nach bestimmten Kriterien bereits nicht mehr besteht und auch nicht wieder aufgenommen werden wird, während diese Kriterien für eine andere Ehe gar kein sachgerechter Maßstab sind[109], wird ja wieder eine Prüfung der ehelichen Einzelheiten nötig, zumindest bei der Scheidung nach dem Grundtatbestand.

Dennoch sahen viele Kritiker durch die zunächst geplante Fassung die Scheidung zu sehr erleichtert und durch die Prüfung des Scheiterns doch noch nicht genug gewährleistet, daß wirklich nur endgültig gescheiterte Ehen geschieden würden, insbesondere wurde die Gefahr gesehen, § 1565 ermögliche in dieser Form, also als uneingeschränkte Generalklausel "die sofortige Aufkündigung der Ehe"[110], weswegen die Einschränkung der Generalklausel gefordert wurde. Sie sollte nur eingreifen, wenn die Fortführung der Ehe dem Antragsteller aus Gründen unzumutbar ist, die in der Person des anderen Ehegatten oder in dessen Lebensbereich liegen[111].

Auch Lange stand dem Grundtatbestand des § 1565 in der Fassung des RegE von 1971 - also ohne den jetztigen Abs.2 - kritisch gegenüber, sah z.B. ebenfalls die Gefahr, daß die Zerrüttungs-

---

ist zu scheiden..."

(105) so und ähnlich z.B. der Bundesrat in BT-Drucks.7/650, Anlage 2, S.259; CDU/CSU-BT-Fraktion, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.165; Lange, FamRZ 71, 488 hält diese terminologische Frage für zweitrangig, sieht aber auch keine Notwendigkeit, vom alten Sprachgebrauch abzuweichen; Ramm, (Fn 29), S.23 begrüßt den Begriff; vgl. zum Begriff der Zerrüttung ausführlich Neuhaus, FamRZ 68, 59

(106) vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung in BT-Drucks. 7/650, S.288; Schwab, FamRZ 76, 495 betonte, der Begriff ändere nicht viel; vgl. auch schon die Vorschläge der ERK, S.34;Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf,FamRZ 70,432

(107) z.B. DiskE, Vorwort, S.5

(108) Grunsky, (Fn 90), S.138 f., er äußerte S.141 sogar die Befürchtung, daß bei der Beurteilung des Scheiterns kurzerhand auf die alten Eheverfehlungen zurückgegriffen werden könnte, zumal da der Richter überfordert erscheine durch Gegenwartsbeurteilung und Prognose; ähnlich Deubner, (Fn86) S.51; die befürchteten Nachteile will Gernhuber, Familienrecht, S.219 dadurch vermeiden, daß die richterl. Kontrolle des Scheiterns der Ehe nicht die Regel werden dürfe.

(109) BT-Drucks. 7/650, S.105

prüfung ebensoviele Peinlichkeiten mit sich bringen würde wie die ehemalige Verschuldensprüfung, dennoch votierte er letztendlich mit guten Gründen gegen den Vorschlag des BR, also auch gegen eine Scheidungssperrfrist(112). Er hielt zwar den Vorschlag des BR im Grundsatz für begrüßenswert, äußerte aber deshalb Bedenken, weil viele Paare dazu gezwungen bzw. verleitet würden, den Scheidungsantrag erst nach einjähriger Trennung zu stellen(113), was weite Bevölkerungskreise benachteiligen würde, insbesondere eben finanziell schwächere Kreise, die getrennte Haushalte nicht unterhalten können.

Neuhaus hielt den Grundtatbestand des § 1565 in der Form der Entwürfe doch für geeignet, die nötige Objektivierung zu erreichen, wenn man in der Beurteilung der Zerrüttung konsequent gewesen wäre. "Zur unheilbaren Zerrüttung genügt es nach der bisher herrschenden Meinung, wenn die eheliche Gesinnung nur bei einem Ehegatten zerstört ist, und zwar beim Kläger. Die bloße Tatsache der Scheidungsklage erbringt dafür einen prima-facie-Beweis. Wie soll dieser widerlegt und dem Scheidungskläger nachgewiesen werden, daß seine eheliche Gesinnung nicht zerstört ist, daß also noch Versöhnungschancen bestehen? Je willkürlicher, unverantwortlicher seine Scheidungsklage ist, desto weniger wird man sagen können, im Grunde hänge er aber doch noch an seiner Ehe und wisse es nur selbst nicht"(114).

Gerade vor der Konsequenz solcher Gedanken scheute sich aber der Bundesrat. Die dortige Bejahung des Zerrüttungsprinzips muß als rein verbal bezeichnet werden, es war letztendlich weiterhin die verschuldete Zerrüttung gemeint, sodaß durch den Vermittlungsausschuß solche Aspekte wieder in die Endfassung "eingeschmuggelt" wurden(115).

---

(110) Stellungnahme des BR, BT-Drucks. 7/650, Anlage 2, S.259; auch BT-Drucks. 7/4696; nach Ramm, (Fn 29), S.32 ist durch die Entwürfe die prinzipielle Ehelösungsfreiheit anerkannt.

(111) BR in BT-Drucks. 7/650, Anlage 2, S.259; dem schließt sich Schwab an, (Fn 29), S.13, weil dann diese "einseitige Aufkündigung" nur nach 3 Jahren möglich sei und darin auch für den Scheidungswilligen selbst eine Art "Übereilungsschutz" liege.

(112) Lange, FamRZ 71, 488 und ders., FamRZ 73, 581; das Kommissariat der dt.Bischöfe in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S. 133 hatte eine Sperrfrist von 2 Jahren gefordert; die CDU/CSU-BT-Fraktion , ebenda , S.166: 1 Jahr, ebenso AGSJ,ebenda, S.170; auch der RA des dt.Frauenrings, ebenda, S. 218 u. die Denkschrift der EKD, ebenda, S.36

(113) Lange, FamRZ 73, 581; Neuhaus, ZRP 72,156

So wurde § 1565 in seinem jetztigen Abs.1 zwar unverändert aus dem RegE 73 in den Antrag und Bericht des RA aufgenommen, nachdem dieser gegenüber dem 2. RefE eine redaktionelle Veränderung vorgenommen hatte, aber der VA machte das bisher Geregelte, das den ganzen § 1565 umfaßte, zu dessen Abs.1 und fügte den jetztigen Abs.2 hinzu. Bei Trennungsdauer unter einem Jahr sollte Scheidung also nur möglich sein, wenn Gründe in der Person des Antragsgegners die Ehe unzumutbar machten. Die Auffassung des BR hatte sich also insoweit durchgesetzt. Grund: "Auch im Rahmen der Zerrüttungsscheidung soll nicht jeder der Ehe entgegenstehenden Emotion nachgegeben werden. Vielmehr soll hier ein Scheidungswille beachtlich sein, der sich schon in gewisser Weise objektiviert hat"(116).

bb) Die allgemein erkannten Gefahren des § 1565 schon in seiner Erstfassung, erst recht aber in seiner Endfassung, zu umgehen(117), schien möglich durch die in § 1566 normierten Trennungsfristen, die Vermutungen für das Scheitern der Ehe statuierten, wobei in den Fassungen des DiskE und der RefEe noch sowohl die einjährige als auch die dreijährige Trennungsfrist eine unwiderlegliche Vermutung vorgesehen hatten, während der RegE von 1971 sowie der von 1973 bei einem Jahr Trennung und einverständlichem Scheidungsbegehren eine unwiderlegliche, bei drei Jahren Trennung und streitiger Scheidung aber eine widerlegbare Vermutung annahmen,

---

(114) Neuhaus, ZRP 72, 156; ders. FamRZ 70, 351 schlug zum Übereilungsschutz eine Abkühlungsfrist von 1 Jahr zwischen Klageerhebung und Scheidungsausspruch vor. Deubner, (Fn 86), S.56, Fn 16 macht als einziger darauf aufmerksam, daß all diese Maßnahmen deshalb nicht nötig seien, weil eine Scheidung ja schließlich reparabel sei; vgl. aber DiskE, S.45

(115) vgl. die Argumentation bei Held, FamRZ 71, 491, der auch verschiedene Länderanträge ähnlichen Inhalts innerhalb der Verhandlungen des BR skizziert; vgl. auch bei Dieckmann, (Fn 22), S.124, Fn 25; Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf, FamRZ 70, 433, die erklären, warum der DiskE auf Derartiges verzichtet und erkennen, daß bei einer Regelung wie § 1565 II Verschuldenstatbestände zurückkehren; auch Neuhaus, FamRZ 70, 349 hatte dringend vor einer derartigen Lösung gewarnt; Ramm, (Fn 29), S.23: "Grundgesetzkonform sind allein objektive Zerrüttungstatbestände". Der 48.DJT hatte allerdings eine unbefristete Generalklausel abgelehnt, vgl. S. M 169 und M 181; vgl. auch Maier-Reimer, 48. DJT, S. A 40

(116) Schwab, FamRZ 76, 504. Übrigens wurde § 1564 in der Fassung des RegE 73 Gesetz, nachdem der 2.RefE noch ungenau gewesen war.

(117) Döpfner/Dietzfelbinger, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente,S.

was vom RA wieder dahingehend revidiert wurde, eine unwiderlegbare Vermutung in beiden Fällen festzusetzen(118). Hier lagen offenbar die heiklen und strittigen Punkte, die hitzigen Diskussionen in der Reformliteratur verfehlten hier nicht ihre Wirkung auf die Gesetzgeber.
Insbesondere strittig war die Länge der Fristen, und alles Denkbare wurde vorgeschlagen(119). Überdies wurde moniert, größere Wahrhaftigkeit im Scheidungsprozeß werde durch diese Lösung nicht erreicht, denn bei Einvernehmen der Gatten sei es ein Leichtes, die Trennungsfrist vorzutragen, auch wenn diese gar nicht vorgelegen habe(120). Die Möglichkeit einer Scheidung gegen den Willen des noch ehewilligen Partners nach dreijähriger Trennung aber wurde wiederals Instrument der Verstoßungsscheidung angesehen(121), und durch die Möglichkeit der einverständlichen Scheidung nach einjähriger Trennung sah man die Konventionalscheidung legalisiert(122). Nach Ansicht des BR wurde hierdurch der Grundsatz von der Ehe auf Lebenszeit aufgegeben(123).

---

156 sehen aber im Anknüpfen an bloße Trennungsfristen auch das Kündigungsprinzip verwirklicht; vgl. auch BT-Drucks. 7/650, S.110; auch der BR schlug widerlegbare Vermutungen vor, BT-Drucks. 7/4694, S.8

(118) vgl. die ausgezeichnete Begründung hierfür in BT-Drucks. 7/4361, S.12 f.; der RegE 71 hatte übrigens noch eine andere innere Anordnung von Vermutung und Trennungserläuterung gehabt.

(119) z.B. wurde, um die Gefahren des § 1565 zu umgehen, häufig moniert, die in § 1566 vorgesehenen Fristen seien zu lang, ehe ein scheidungswilliger Gatte die dreijährige Trennungsfrist abwarten wolle, würde er eher versuchen, eine Scheidung über den GrundTB zu erreichen, vgl. z.B. Grunsky,(Fn 90), S.139; Simitis, ZRP 71, 40 sieht in einer so langen Trennungsfrist sogar eine Art "Scheidungsboykott"; Schwab, (Fn 29), S.13; Deubner, (Fn 86), S.52; Ramm, (Fn 29), S.33 hält 1 Jahr für ausreichend, aber 3 Jahre aus dem Sozialstaatsprinzip für gerechtfertigt.AGSJ in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.170 forderte für einverständliche Scheidungen nur 6 Monate und bei streitiger Scheidung 2 Jahre; letzteres auch der 48.DJT; 6 Monate forderte auch der Dt.Akademikerinnenbund, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.208; der RA des dt.Frauenringes, ebenda S.218 war für gestaffelte Fristen je nach Ehedauer, usw.
Die Fristen wurden auch für zu kurz gehalten, weil in ausländischen Rechtskreisen solche von 3, 5 und 7 Jahren vorkamen; die ERK hatte 1 u. 5 Jahre mit unwiderleglicher Vermutung vorgeschlagen (These 5)

(120) Grunsky, (Fn 90), S.139, ebenso Dieckmann, ZRP 71, 195;

(121) vgl. z.B. Giesen, (Fn 51), S.316, Fn 35; Roth, (Fn 92),S.91 Habscheid, (Fn 85), S. 376; AG der kath.dt.Frauen in:v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.150

Bedauert wurde auch, daß die Mängel des alten Rechts insofern bestehen blieben, als das Einverständnis des im Grunde nicht scheidungswilligen Gatten hier - genau wie früher - durch das Aushandeln günstiger Scheidungsfolgen und großzügiger Ablösesummen "erkauft" werden könne(124).

Daß der RegE von 1971 entgegen dem DiskE und RefE eine Widerlegung der Vermutung nach drei Jahren Trennung zuließ, wurde begrüßt(125), denn es gehe nicht an, einem Ehegatten, der trotz schwerem Bruch den Glauben an die Rettung der Ehe haben kann, unter Hinweis auf eine lex dura sed ita scripta das Gehör abzuschneiden(126).

Gegen die Widerleglichkeit der Vermutung im RegE von 1971 hatte Schwab folgendermaßen argumentiert: "Erstens ist die Feststellung, ob die Ehegatten drei Jahre lang getrennt gelebt haben, bei streitigen Scheidungen gar nicht so einfach .... Zweitens wird der Versuch des Antragsgegners, darzulegen, daß die Ehe trotz dreijährigen Getrenntlebens nicht gescheitert sei, zwangsläufig das eheliche Verhältnis zum Gegenstand der richterlichen Untersuchung machen"(127).

---

(122) Das Kommissariat der dt.Bischöfe hatte hier eine zweijährige Trennungsfrist gefordert, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.126; ebenda, S.153 die AG kath.Frauenverbände auch.

(123) vgl. BR-Drucks. 266/71, S.13; dies widerlegt überzeugend Dieckmann,ZRP 71, 196, der sich dort auch ausdrücklich für die Unwiderleglichkeit der Vermutung nach einjähriger Trennung ausspricht.

(124) vgl. z.B. Simitis, ZRP 71, 39; Lange, FamRZ 71, 482

(125) Lange, FamRZ 71, 489; vgl. aber Mikat, FamRZ 72,1 (3, 5,7), der die Unwiderlegbarkeit ablehnt, weil so die "Fristenscheidung" eingeführt sei; a.A. Dieckmann, ZRP 71, 193,Fn 3; grds.Forderung der Widerlegbarkeit vom Zentralkomitee dt.Katholiken, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.120 (1. Stellungnahme) und S.122 (2.Stellungnahme); auch von der CDU/CSU-BT-Fraktion, ebenda, S.165

(126) Lange,FamRZ 71, 489; dagegen Schwab, (Fn 29), S.12, Fn12; ähnlich, wenn auch zögernd, Hirsch, ZRP 71, 84, der deswegen eine Aussetzungsermächtigung des Richters in Erwägung zieht.

(127) Schwab, (Fn 29), S.13; der RA Ev.Frauenarbeit in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.113 hatte eine 5-jährige Frist und die Widerleglichkeit der Vermutungen gefordert. vgl. aber grds. gegen widerlegliche Zerrüttungsvermutungen (zwar Einzelfallgerechtigkeit, aber keine festen Maßstäbe, unterschiedliche Auslegung, außerjuristische Erwägungen etc.): Giesen, (Fn 80), S.5 f.; außerdem entfiele bei Widerlegbarkeit der Vermutung der Anreiz, drei Jahre zu warten, u. die meisten würden es über § 1565 versuchen, vgl.Vogel, FamRZ 76, 483;Gründe gegen den Scheidungswillen des Antragstellers lassen sich ohnehin kaum ermitteln.

Ramm sah den hierin liegenden "Zwang zur Offenlegung und richterlichen Würdigung von Vorgängen in der Intimsphäre" als Widerspruch zur freiheitlichen Rechtskonzeption des Liberalismus(128). Die Bundesregierung setzte sich auch letztendlich gegen den BR durch, die Vermutung in § 1566 II würde gegen seinen entschiedenen Widerstand doch unwiderleglich gestaltet(129).

bc) Da in § 1566 bestimmte Vermutungen an das Getrenntleben der Ehegatten anknüpfen, wurde in § 1567 definiert, wann ein solches Getrenntleben überhaupt vorliegt.
"Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben, wenn eine vollkommene tatsächliche Trennung der Ehegatten vorliegt und ein Ehegatte nicht mehr mit dem anderen zusammenleben will. Diese Voraussetzungen liegen nicht nur dann vor, wenn die Ehegatten verschiedene Wohnungen bezogen haben. Auch wenn die Ehegatten noch in derselben Wohnung leben, kann die häusliche Gemeinschaft aufgehoben sein, wenn ein Zustand herbeigeführt ist, der eine vollkommene Trennung der Ehegatten bedeutet"(130).
In der Reformliteratur wurde hier kaum diskutiert, höchstens im Zusammenhang mit den §§ 1565 und 1566.
Eine redaktionelle Veränderung wurde gegenüber den Regierungsentwürfen durch den RA auf Vorschlag des BR vorgenommen, weil deutlich werden sollte, daß die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verweigert wird, w e i l damit zugleich die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft abgelehnt wird(131). Daß dennoch dieses Getrenntleben, insbesondere in den Fällen der streitigen Scheidung nicht immer leicht nachzuweisen sein würde(132), machte Schwab sehr klar, dies vor allem bei Trennung innerhalb der ehelichen Wohnung(133).

---

(128) Ramm, (Fn 29), S.22; ähnlich Neuhaus, FamRZ 70, 350; Deubner, (Fn 86), S.65

(129) Der BR wollte die Widerlegbarkeit trotz fehlender praktischer Relevanz um des Eindrucks willen durchsetzen, die Ehe sei sonst nicht mehr auf Lebenszeit angelegt, sondern stünde zur Disposition der Ehegatten; vgl. die Vorgänge innerhalb des BR bei Held, FamRZ 71, 492 f.

(130) BT-Drucks. 7/650, S.114; der RegE 71 hatte noch in § 1566 die 3jährige Trennund und in § 1567 die einjährige geregelt.

(131) Begründung des BR in BT-Drucks. 7/650,Anlage 2, S.261

(132) Die Aufhebung der Gemeinschaft kann ja häufig nur aus der Willenslage der Beteiligten geschlossen werden. Die bisherige Rspr. ist nur eine geringe Hilfe - sie ist z.Teil

Diese Einwände und Argumente haben sich aber im Gesetzgebungsverfahren nicht ausgewirkt, § 1567 wurde in der Form des RA beibehalten.

bd) Weil immer die Gefahr besteht, daß nicht alle möglichen Einzelfälle und Fallkonstellationen des Lebens durch eine quasi kasuistische Regelung erfaßt werden, und weil die Anknüpfung gerade an Fristen doch geeignet schien, bestimmte menschliche Härten zu übersehen, also nicht in geeignetem Maße zu berücksichtigen, hatten sich schon der DiskE (§ 5), aber auch die RegEe zur Aufnahme einer Härteklausel entschlossen, durch die ganz besondere Gründe in der Person des scheidungsunwilligen Partners, die gegen die Scheidung tatsächlich sprachen, beachtet werden konnten. Diese Härteklausel war von Anfang an sehr umstritten. Und zwar wurden hier alle Positionen vertreten, von der unabdingbaren Notwendigkeit einer solchen Klausel bis zu ihrer vollständigen Negation(134).
So wurde § 1568 immer wieder umgestaltet und erhielt seine Endfassung auch erst durch den VA, wobei sich diese von den früheren Fassungen ganz erheblich unterschied.
In den Regierungsentwürfen sollten nur solche Gründe gegen die Scheidung sprechen, die außergewöhnliche Umstände darstellten und für den scheidungsunwilligen Partner eine so schwere Härte darstellen würden, daß die Scheidung selbst unter Berücksichtigung der Belange des Scheidungswilligen nicht angeraten erschien, wobei noch ausdrücklich betont wurde, daß wirtschaftliche Umstände und Belange der sozialen Sicherheit hierbei nicht berücksichtigt werden sollten. Allerdings hatte die Eherechtskommission in ihrer These 7 die Berücksichtigung wirtschaftlicher Härten für Gatte und Kinder vorgesehen gehabt(135).
In der Reformdiskussion war letztendlich die Grundkontroverse: Zerrüttungsprinzip konsequent(136) oder Einschränkung durch eine Härteklausel(137).

---

sehr widersprüchlich und legt häufig mehr Wert auf die 'häusliche Gemeinschaft', als dieser zukommt; vgl. RGZ 160, 284 und RGZ 167, 305

(133) Schwab,(Fn 29), S.14, der vermutet, im Verfahren werde der Scheidungswillige den Schwerpunkt auf die Aspekte legen, die für die Trennung sprechen, der Scheidungsunwillige auf die entgegenstehenden

(134) vgl. z.B. BT-Drucks. 7/650, S.115, auch schon S.60

(135) vgl. Vorschläge der ERK, S.18, 52

Es wurde geltend gemacht, daß ein gerichtliches Verfahren, das sich mit derart persönlichen Dingen wie einer Ehe beschäftige, auch nicht in letzter Konsequenz die Berücksichtigung persönlicher Fragen umgehen könne und dürfe(138). So wurde die Härteklausel von verschiedenen Autoren letztendlich begrüßt, oft sogar in dem Bestreben, sie noch etwas weitergehend durchzusetzen als zunächst geplant, zumal da so die Norm in Verdacht geraten könne, "lediglich einen leichten Schleier um die legalisierte Verstoßung zu hüllen"(139).

Lange betonte noch, daß das Zerrüttungsprinzip schließlich kein absoluter Wert sei, sondern helfen solle, menschliche Konflikte besser zu lösen, als das alte Recht es tat. "Wo es vor dieser Aufgabe offensichtlich versagt, ist es auch an seinen Grenzen angelangt"(140).

Dagegen sah Simitis die Klausel als Versöhnungs- und Vernebelungsformel und vom Kompromißwunsch gezeichnet(141). Im übrigen zeigte er sehr überzeugend auf, daß - abgesehen von den wirtschaftlichen Folgen - die Härte der Scheidung nicht in der Auflösung der Ehe liege, sondern in der Trennung(142). "Darum über-

---

(136) Lüderitz, 48.DJT, S.B 107; Wolf, JZ 70, 447; Deubner, JR 70, 294; Hirsch, ZRP 69, 248; Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf, FamRZ 70, 433 f.; Nolte, 48.DJT, S.M 51 lehnte die Härteklausel ab, weil man sonst gleich beim Verschuldensprinzip hätte bleiben können, u.auch der gesamte 48.DJT beschloß, die Härteklausel abzulehnen,vgl.S.M 170, 175, 182; Simitis,Zur Situation des Familienrechts - Über einige Prämissen, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.48

(137) Bosch, FamRZ 70, 109; vorsichtiger Maier-Reimer, 48.DJT,S. A 40; Mikat, FamRZ 70, 341; Neuhaus, FamRZ 70, 348 f.; BACDJ, FamRZ 70, 301

(138) ähnlich Lange, FamRZ 71, 489; Held, FamRZ 70, 509

(139) Lange, FamRZ 71, 489; Neuhaus, FamRZ 70, 349 befürchtet den "Triumph der Niedertracht"; gegen restriktive Tendenzen auch BR in BT-Drucks. 7/650, Anlage 2, S.261

(140) Lange, FamRZ 71, 489

(141) Simitis, ZRP 71, 40; da die Anwendung dieser Härteklausel in der Erstfassungnoch unbefristet war, monierte er, daß es überhaupt keine Rolle spielen würde, ob die Ehegatten zwei oder zwanzig Jahre getrennt gelebt hätten; Deubner, (Fn 86), S.56 nennt § 1568 aus anderem Blickwinkel gar eine Rache- und Erpressungsklausel (er hat immer die "böse"Frau im Auge), vgl. auch S.62; ähnlich Humanistische Union in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.160, 164

(142) Simitis,ZRP 71,40; Hirsch,ZRP 71, 84; vgl. auch Giesen, (Fn 80), S.19;ähnliche Gedanken u.vor allem eindeutige Klassifizierung der Härteklausel als Durchbrechung des Zerrüttungsprinzips bei Müller-Freienfels, 48.DJT, S. M 26 f.

zeugen auch die immer wieder gebrachten Beispiele für immaterielle Härte nicht. Was sollen die Hinweise auf den schwerkranken Mann oder die gebrechliche Frau? Geholfen wäre ihnen letztlich nur dort, wo es wieder zu einer ehelichen Lebensgemeinschaft käme. Jeder aber, der entschlossen ist, sich scheiden zu lassen, wird dies mit Erfolg verhindern. ... Die fiktive Aufrechterhaltung der Ehe ersetzt niemals die eheliche Lebensgemeinschaft"(143). Insbesondere warnte Simitis davor, daß die Feststellung des Gewichts der Scheidungsfolgen eine gründliche Analyse des Verlaufes der Ehe erfordert(144). Dadurch würde erneut das Privatleben der Ehegatten in allen seinen Einzelheiten vor Gericht ausgebreitet, und zudem würde die Härteklausel dem Richter die Möglichkeit bieten, die eigenen Vorstellungen über die Ehe in das Scheidungsurteil einfließen zu lassen. "Die Versuchung ist groß, das "Wesen" der Ehe in den Maßstab für die Härte zu verwandeln, ... Der richterlichen Inquisition sind mithin erneut keine Grenzen gesetzt"(145).

Insgesamt äußerte sich Deubner noch härter und negativer hinsichtlich der Härteklausel und kam in seinen Erörterungen sogar zu deren Verfassungswidrigkeit wegen des Heiratsverbots hinsichtlich des neuen Partners(146).

Umgekehrt strebte der BR eine noch weitergehende Fassung des § 1568 an, insbesondere sollte eine Kinderschutzklausel eingeführt

---

(143) Simitis, ZRP 71, 40 f.; vgl. auch Rheinstein, (Fn 86), S. 394: "It is hard to see what noneconomic circumstances could require the preservation of the bond of a marriage that is proved to have foundered".

(144) auch Schwab, (Fn 29), S.13; so weitgehend will z.B.Hirsch, ZRP 71, 85 die Härteklausel aber keinesfalls verstanden wissen.

(145) und der Versuch der Objektivierung ist zunichte gemacht, Simitis, ZRP 71, 41; ähnlich und ähnlich überzeugend, Deubner, (Fn 86), S.56 ff., er weist z.B. S.60 darauf hin, daß gerade die Richter (aus dem Dienstbereich des hessischen Justizministers) sich für eine Härteklausel und deren Erweiterung ausgesprochen haben, und dies unter dem Rechtsmißbrauchsaspekt, was sich ja besonders gefährlich auswirken kann auf die Auslegung der Norm; a.A. Habscheid, (Fn 85) S. 371;vgl. aber wiederum AGSJ, in: v.Münch,Aktuelle Dokumente, S.170 und ähnlich, wenn auch vorsichtiger, Gieser, (Fn 80), S.19, der Rechtsunsicherheit und Entscheidungsgeographie gefördert sieht. Das Kommissariat der dt.Bischöfe in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.130 will sogar eine starke religiöse Fundierung als immaterielle Härte anerkennen.

(146) Deubner, (Fn 86), S.63 f.

werden[147], und auch materielle Härten sollten berücksichtigt werden. Im BR in seiner Konstellation im Jahr 1971 ging ein entsprechender Antrag zwar noch nicht durch, aber nachdem sich die politische Zusammensetzung im BR entsprechend verändert hatte, wurde für die Endfassung zumindest erreicht, daß die ausdrückliche Ausklammerung der wirtschaftlichen Härten durch die Fassung der Bundesregierung wegfiel, was deren Berücksichtigung effektiv zuläßt[148], und auch die Kinderschutzklausel wurde durch den VA in die Endfassung aufgenommen[149], nachdem der RA die Anwendung der Norm auf 3 Jahre beschränkt, die Vorschrift ansonsten unverändert gelassen hatte[150].

Die Erweiterung der Härteklausel stellte ein Zugeständnis dar für die Unwiderlegbarkeit der Vermutung bei 3jährigem Getrennt-

---

(147) zu den Vorgängen innerhalb des BR: Held, FamRZ 71, 493; Bedenken gegen die Kinderschutzklausel bei Lange, FamRZ 71, 490; auch Rheinstein, (Fn 86), S.267 f. führt aus, daß der Zusammenbruch der Ehe die Kinder belaste, nicht die Scheidung; kritisch hierzu Schwab, FamRZ 76, 507, aber selbst der BR sieht dies so, BT-Drucks.7/650, Anlage 2, S.261, fordert aber dennoch die Kinderschutzklausel; zustimmend zu Rheinsteins These Coester, FamRZ 77, 221; König, (Fn 79), S.127; Vogel,, FamRZ 76, 484 m.w.N.; Mikat, FamRZ 63, 74 sieht eine Ehe nicht einmal als zerrüttet an, solange beide Eltern sich noch für die Kinder verantwortlich fühlen; a.A. Rolland, § 1565 RdNr.13; Ramm, (Fn 29), S.24 fordert ausdrücklich eine unterschiedliche Behandlung einer Scheidung bei Ehe mit Kindern: Familienauflösung.
Für Kinderschutz hatten sich auch eingesetzt: die EKD, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.39; Zentralkomitee der dt. Katholiken, ebenda, S.122; Kommissariat der dt.Bischöfe, ebenda, S.132; AG kath. Frauenverbände, ebenda, S.153; AK Juristen in der CSU, ebenda, S.168

(148) Dies entspricht den Wünschen: des Rats der EKD, in: v.Münch Aktuelle Dokumente, S.111; des RA Ev.Frauenarbeit, ebenda, S.114; Zentralkomitee der dt.Katholiken, ebenda, S.120 u. S.122; AG kath.Frauenverbände, ebenda, S.153; Döpfner/Dietzfelbinger, ebenda, S.157; CDU/CSU-BT-Fraktion, ebenda, S. 166; AK Juristen in der CSU, ebenda, S.168; insbes. Dt.Akademikerinnenbund, ebenda, S.195 ff.; WOMAN, ebenda, S.211; Held, FamRZ 70, 512; nach Giesen, (Fn 80) entfällt diese Notwendigkeit bei wirksamem Unterhalts- und Versorgungsrecht; so auch Kommissariat der dt.Bischöfe, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.129, Hirsch, ZRP 71, 85 und schon das Vorwort zum DiskE, S.5; zurecht weisen Waller-Döhner/Kulms/Höh, (Fn 80),S.92 ff. darauf hin, daß sich materielle Belastungen durch eine Scheidung wohl nie vermeiden lassen.

(149) Dabei hätte man für die Kinder wirklich Dölles Formel genügen lassen können, Familienrecht, S.549: das wohlverstandene Interesse der Kinder ist genügend berücksichtigt,wenn erwartet werden kann, daß die Parteien den Kindern an Unterhalt, Erziehung und Ausbildung das zukommen lassen, was sie auch bei bestehender Ehe erbringen würden.

leben, aber der VA hat wenigstens den Bedenken gegen eine unbefristete Härteklausel insoweit Rechnung getragen, als er in die Endfassung deren Befristung auf 5 Jahre einführte und damit konsequenterweise auch das Vermutungs- und Fristensystem komplettierte(151).
Der durch den RA geprägte Verzögerungscharakter der Härteklausel wurde also beibehalten(152).

c) Scheidungsfolgenrecht

ca) Nachdem zuvor in sämtlichen Beratungen das Unterhaltsrecht nach der Scheidung mit § 1570 begonnen hatte(153), wurde in der Endfassung der Grundsatz des Unterhaltsrechts in § 1569 formuliert.
Während beim Recht der Scheidungsgründe ziemlich einhellig der Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip - wenigstens verbal - gefordert und begrüßt wurde, waren im Unterhaltsrecht sogar die Grundlagen umstritten.
Es gab immer noch viele Autoren, die seit Erlaß des DiskE ihre Bedenken gegen die völlige Wertfreiheit und die Neutralität im Unterhaltsrecht zum Ausdruck brachten und eine Anknüpfung an personales Verschulden für unumgänglich hielten, wenn auch in unterschiedlicher Intensität und Abstufung(154).
Dabei sollte das Unterhaltsrecht endlich den Betroffenen gerecht werden, also gestaltete man es rein sachgemäß nach seinen eigenen Fragestellungen (z.B. Deckung des Lebensunterhalts). Es sollte nicht bestrafend, belohnend, scheidungserleichternd oder -erschwerend, bevölkerungspolitisch, arbeitspädagogisch oder ähnlich beeinflußt sein, zumal da im Bereich der Ehe allgemeine Ansicht ist, daß es wohl Eheverfehlungen schon gebe, diese aber

---

(150) Der DiskE, § 5, hatte keine Befristung vorgesehen, vgl. auch die Begründung, S.69

(151) Dagegen war aber das Kommissariat der dt.Bischöfe, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.131; auch AG kath.Frauenverbände, ebenda, S.153; AK Juristen in der CSU, ebenda, S. 165. Es war so schon von der ERK vorgesehen gewesen, gegen deren Vorschlag, die Anwendung auf 5 Jahre zu begrenzen sich entschieden der BACDJ, FamRZ 70, 302 gewehrt hatte.

(152) Zunächst war ja die Scheidungsverhinderung vorgesehen gewesen, vgl. bei Dieckmann, (Fn 22), S.124, Fn24; übrigens war in der Reformdiskussion auch umstritten, ob eine Härteklausel auch bei der Fristenscheidung anwendbar sei, vgl. MünchKomm-Wolf, § 1566 RdNr 74

außerhalb des Bereiches des konkret Feststellbaren lägen(155). Die Konzeption der Gesetzentwürfe - und zwar aller, denn von dieser Grundkonzeption wurde eigentlich nicht mehr abgegangen - war die der letztendlichen wirtschaftlichen Eigenverantwortung beider Partner nach der Scheidung - Unterhalt als Hilfe zur Selbsthilfe.

Wenn diese Haltung im DiskE in § 8 I noch sehr radikal zum Ausdruck kam, so stieß sie auf ebenso radikale Kritik, denn sie "suggerierte vielfach die Vorstellung, als sollten die besonderen Interessen der geschiedenen Hausfrau grundsätzlich vernachlässigt werden"(156). Auch beim RegE 73 überwog noch das Trennungsprinzip, aber dann wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens das Unterhaltsrecht immer mehr zu Gunsten der geschiedenen Frau ausgebaut(157).

ERK und Bundesregierung hatten formuliert, mit der Scheidung der Ehe werde die gemeinschaftliche wirtschaftliche Basis der

---

(153) Es war zunächst ein § 1569 vorgesehen gewesen, der das Namensrecht des geschiedenen Ehegatten regelte. Diese Regelung wurde aber durch den RA und später durch den VA in § 1355 IV übernommen.

(154) so z.B. Bogs, (Fn 58), S.115 und 132 f.; Schwab, (Fn 29), S.33; Ott, FamRZ 71, 500; Friesecke-Tackenberg, FamRZ 72,5; Deinhardt, FamRZ 71, 284; Dieckmann, (Fn 22), S.126; Bosch, FamRZ 77, 578; Roth, FamRZ 70, 111; Denkschrift der EKD, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.37; der Dt.Akademikerinnenbund, ebenda, S.188 und S.198 kritisierte die Benachteiligung der bisher schuldlosen Frau; Heinz Roth, Muß die Ehe geschützt werden? in: Ruthe (Hrsg.), Ist die Ehe überholt? 1972, S.91 lobt die unterhaltsrechtliche Regelungaber insgesamt.

(155) z.B. Deubner, ZRP 72, 153; Bogs, (Fn 58), S.133 argumentiert dagegen mit der "Wertschätzung der Schuldanknüpfung im allgemeinen Rechtsbewußtsein". Auch Maier-Reimer, 48. DJT, S. A 18 meint, das Verhalten der Ehegatten könne bei der Scheidungsfolgenregelung nicht ganz unbeachtlich sein, ähnlich Lange, FamRZ 72, 236

(156) D.Schwab, Probleme des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung,in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.68; vgl. auch Simitis, ZRP 71, 41, der diese Kritik begründet; ebenso Dieckmann, (Fn 22), S.125; Held, FamRZ 70, 513 und 300; die Humanistische Union in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.162 jedoch begrüßte diese Formel; dagegen aber der Dt. Akademikerinnenbund, ebenda, S.191, der argumentiert: "es hieße Art.3 II mißverstehen, wenn man ihn ... bei der Regelung des Unterhalts nach der Scheidung maßgeblich beruft" ähnlich Lange, FamRZ 71, 483. Die ERK hatte noch eine Befristung des Unterhaltsanspruchs auf 2 Jahre vorgesehen; der Gedanke des Unterhalts auf Zeit und der Hilfe zur Selbsthilfe bedeutet trotz zunächst erscheinender Härte eine Verbesserung, da die Abhängigkeit von der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten entfällt., vgl. DiskE,S.6

Ehegatten aufgelöst. Es habe nunmehr jeder Ehegatte in eigener Verantwortung nach besten Kräften für sich selbst zu sorgen. Gleichzeitig aber wurde in Nachwirkung der Ehe eine wirtschaftliche Verantwortung der Ehegatten füreinander erkannt, und diese kam in der allgemeinen Diskussion immer stärker zum Tragen(158). Mikat und Schwab hatten vorgeschlagen, als Grundlage nicht die Kausalität der Ehe zu wählen, sondern gerade die Nachwirkung der ehelichen Solidarität(159), also quasi eine Art soziale Treue aus dem Gesichtspunkt heraus, daß mit dem Scheitern der Ehe die gemeinsame Ehegeschichte nicht ausgelöscht, die gemeinschaftliche Lebensdisposition noch nicht hinfällig sei(160).
Andererseits bestand weitgehend Einverständnis darüber, "daß die Tatsache allein, daß eine Ehe bestand, nicht ausreicht, um den geschiedenen Ehegatten gegeneinander für den Rest des Lebens im Falle ihrer Bedürftigkeit einen Anspruch auf Unterhalt zuzusprechen"(161).
Im DiskE und RefE erschien der notwendige Anknüpfungspunkt als die "ehebedingte Bedürftigkeit", eine Formel, die zum Ausdruck

---

(157) Dieckmann, (Fn 22), S.125; vgl. auch de Beauvoir, Das andere Geschlecht, 1968, die S.674 f. ausführt: "Ein Mann, der sich genötigt sieht, materiell und moralisch eine Frau weiterzuunterhalten, die er nicht mehr liebt, fühlt sich als Opfer. Wenn er aber die Frau ohne Hilfsmittel aufgäbe, die ihr ganzes Leben für ihn eingesetzt hat, würde sie genau so ungerechterweise zum Opfer..Das Übel ... rührt von einer Situation her, gegen die das Verhalten des einzelnen machtlos ist"; den Schutz der Hausfrau forderte entschieden Hirsch, ZRP 71, 85; es wurde auch einigen Forderungen des Dt.Akademikerinnenbundes entsprochen , vgl. in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.20 ff.

(158) Die "Thesen zur Reform des staatl.Scheidungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland" vom Arbeitskreis für Eherecht beim Kommissariat der dt.Bischöfe stellen z.B. die fortwirkende Verantwortung der Ehegatten füreinander an die Spitze ihrer Unterhaltsregelung; für eine längere Übergangszeit forderte dies auch Giesen, (Fn 80), S.30; vgl. auch Schwab, (Fn 156),S.68 und CDU/CSU-BT-Fraktion, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.166

(159) Mikat, FamRZ 70, 344; Schwab,(Fn 156), S.75; ders. (Fn 29), S.28; richtig aber Kommissariat der dt.Bischöfe, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.137, das beide Grundsätze gleichrangig nebeneinander sieht; aus Beweislastgründen fordert der Dt.Akademikerinnenbund, ebenda, S.199 die Voranstellung der nachwirkenden Verantwortung.

(160) Schwab,(Fn 156), S.75, der S.76 auch die Gegenseitigkeit betont, also müssen beide gebührend dazu beitragen, die Bedürftigkeit zu überwinden; Nolte, 48.DJT, S. M 52 sagt: "Trennung von Tisch u.Bett u.Feiratsurkunde, aber nicht vom Portemonnaie".

bringen sollte, daß nur eine solche Bedürftigkeit einen Unterhaltsanspruch auslösen sollte, die in irgendeinem Zusammenhang mit der Ehe stand, z.B. schon während der Ehezeit angelegt war[162].

Giesen kritisierte an der geplanten Unterhaltsregelung, sie habe "einseitig als Richtschnur auch bei uns das Bild der Erwerbstätigkeit beider Ehegatten eingeführt"[163]. Er spricht von "Verselbständigungszwang" und sagt: "Das zukünftige Unterhaltsrecht impliziert damit an einer entscheidenden Stelle unserer Rechtsordnung einen Ausgangspunkt, der ersichtlich vom Leitbild der Erwerbstätigkeit beider Ehegatten und davon bestimmt wird, daß beide Ehegatten infolge dieser Erwerbstätigkeit grundsätzlich auch wirtschaftlich eigenständig sind"[164]. Er hatte offenbar seine Meinung im Verlauf der Diskussion radikal geändert[165] und sich der des BR angenähert, der aus ähnlichen Gesichtspunkten eine anders konzipierte Systematik vorgeschlagen hatte, um - in einer Generalklausel - grundsätzlich einen Unterhaltsanspruch gewähren zu können, der dann in bestimmten Ausnahmefällen hätte entfallen sollen[166].

---

(161) Schwab,(Fn 156), S.70; vgl. auch BT-Drucks.7/650, S.121; auch Wolf, JZ 70, 448 betont mehr das Ende der Wirtschaftseinheit.

(162) vgl. DiskE, S.81.Diese Voraussetzung der ehebedingten Bedürftigkeit ergibt sich nun aus den Anknüpfungen der dem Grundsatz folgenden Vorschriften, den einzelnen Unterhaltstatbeständen.

(163) Giesen,(Fn 51), S.320; auch Held, FamRZ 70, 510 f. warnt davor; a.A. Schwab,(Fn 156), S.68 f.: "Eine eigentümliche Vermischung von normativen und deskriptiven Aussagen verstärkt den Verdacht, als sei der Entwurf in der Absicht verfaßt, die Hausfrau zur beruflichen Emanzipation zu nötigen, eine Absicht, die dem Text m.E. nicht entnommen werden kann, und welche die Wirkung von Gesetzen grotesk überschätzen würde".

(164) Giesen, (Fn 51), S.324; wie wichtig dies in der Tat wäre, ergibt sich aus den Ausführungen bei Gründler, Die sonnige Rechtslage, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe,1969, S. 80

(165) Noch 1971 hatte er geschrieben (Fn 80), der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit sei Konsequenz aus der Scheidung, die Ehe sei eben keine Lebensversicherung,und man müsse alles tun, um das Bewußtsein der Eigenverantwortung beim einzelnen zu stärken..., vgl. S.24 ff., wo er deshalb die unterhaltsrechtliche Konzeption vom DiskE bejaht.
Mikat, FamRZ 70, 345 warnt übrigens davor, die zunehmende Berufstätigkeit "ständig nur als Verlusterscheinung... zu beklagen"; vgl. aber noch Peterseim, FamRZ 56, 171: "Ohne Schaden für Ehe und Familie sind die Funktionen für Mann und Frau nicht zu vertauschen".

Dagegen sah Deubner schon so zu hohe Unterhaltsverpflichtungen auf den Mann zukommen und argumentierte, daß bei den Konventionalscheidungen, also beim größten Teil der Scheidungen die Frauen in den zumeist geschlossenen Vergleichen auf Unterhaltsansprüche verzichtet und damit ihren Schuldbeitrag zum Scheitern der Ehe anerkannt hätten(167), was sie so nicht mehr nötig hätten. "Das volle Unterhaltsrisiko trifft nach dem 1. EheRG den Mann also auch dann, wenn die Frau willkürlich aus der Ehe herausstrebt und er sich bis an die Grenzen der Selbstverleugnung um die Erhaltung der Ehe bemüht hat"(168). Sein Lösungsvorschlag: "Folglich ist es gerechtfertigt, den Unterhalt begehrenden Ehegatten zunächst uneingeschränkt auf eine eigene Erwerbstätigkeit zu verweisen"(169).

§ 1569 selbst wurde nur durch den Referentenentwurf etwas modifiziert, die Fassung der RegEe von 1971 und 1973, der § 1570 RegE blieb aber im Endeffekt erhalten und stellte die Grundregel auf, daß regelmäßig nach der Scheidung jeder Gatte für sich selber sorgen muß(170).

Den Ausgleich aufgrund von Eheschutz und Schutz des wirtschaftlich Schwächeren versuchte der Gesetzgeber in der Einzelausgestaltung der Unterhaltsregelung zu schaffen, wobei nicht unterschiedlich nach Eheform geregelt(171), sondern die Unterhaltsregelung grundsätzlich so flexibel zu gestalten versucht wurde, daß man allen denkbaren Fällen gerecht werden konnte.

---

(166) vgl. BT-Drucks.7/650, Anlage 2, S.263 f.; auch bei Held, FamRZ 71, 494; die unterschiedliche Systematik ergab sich aus den unterschiedlichen Blickwinkeln: der stärkeren Betonung des Trennungsprinzips (BReg) oder der Fortwirkung der ehel.Verantwortung (BR). Letzteres und deshalb Generalklausel forderte auch der Dt.Akademikerinnenbund, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.200; auch RA des dt.Frauenrings, ebenda, S.220; vgl. auch bei Lange, FamRZ 73, 582; Bürgle,FamRZ 73, 513; Bosch, FamRZ 70, 109; auch Schwab, (Fn 156), S.88 hatte eine völlige Neugestaltung des nachehelichen Unterhaltsrechts vorgeschlagen, genau wie Deubner, ZRP 72, 155, der allerdings die "pauschale Begünstigung reduzieren" wollte.

(167) Deubner, ZRP 72, 153 f.; Mayer-Mali, (Fn 58), S.218 f. wies noch darauf hin, daß man bei Statuierung hoher Unterhaltspflichten zum Schutz des wirtschaftlich schwächeren Teils und bei deren Durchsetzung zu einem weitgehenden Scheidungsverbot gelange.

(168) Deubner,ZRP 72, 154; interessant ist, daß beim selben Gesetz, wo Deubner die Unterhaltsknechtschaft des Mannes begründet sieht, Bosch, FamRZ 70, 110 Angst hat vor der "Sozialisierung der Scheidungsfolgen"

(169) Deubner, ZRP 72, 155

cb) Die sechs Situationen, in denen nun durch die Entwürfe ein Unterhaltsanspruch anerkannt wurde, sind für den Ausgleichswillen des Gesetzgebers sehr bezeichnend. Klar wurde auch, daß die Frau gemeint war, der haushaltsführende Teil.

Ein Unterhaltsanspruch sollte bestehen, wenn von dem geschiedenen Ehegatten

- wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes (§ 1571 RegE 73)
- wegen seines Alters (§ 1572 RegE 73)
- wegen Krankheit (§ 1573 RegE 73)

eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden konnte

- solange der geschiedene Ehegatte, der während der Ehe nicht erwerbstätig war, nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermochte (§ 1574 RegE 73)
- solange ein geschiedener Ehegatte, der in Erwartung der Ehe oder während der Ehe eine Ausbildung nicht aufgenommen oder abgebrochen hat, diese nach der Scheidung fortsetzen oder sich einer Fortbildung oder Umschulung unterziehen würde (§ 1576 RegE 73
- wenn der geschiedene Ehegatte keine oder eine geringere Versorgung erhält, weil er während der Ehe oder bestimmter Zeiten nach der Ehe nicht oder nicht voll erwerbstätig war (§ 1577 RegE 73).

Die ersten 5 Gründe hatten sich in den Regierungsentwürfen zwar im Vergleich zum DiskE zum Teil inhaltlich gewandelt, so war z.B. § 1574 dort für die nun arbeitssuchende Frau strenger gewesen, DiskE § 9 I S.2[172], sie blieben jedoch durch Rechts- und später Vermittlungsausschuß bis auf ganz kleine eher redaktionelle Ausnahmen unverändert und wurden so Gesetz.

Es war hier z.B. die Möglichkeit diskutiert worden, die Unterhaltsberechtigung auch zu akzeptieren, wenn ein eigenes Kind des Unterhaltsberechtigten gepflegt werden müßte, das im ehelichen Haushalt lebe, also nicht ein gemeinschaftliches Kind sei, wofür der Schutz des Kindes und vor allem auch die bisher geschaffenen Verhältnisse sprachen[173].

---

(170) vgl. noch die Vorschläge der ERK, S.75 f. (These 1 b von Teil II), auch BT-Drucks. 7/650, S.120 und S.121

(171) so gefordert z.B. v. Ramm, (Fn 29), S.43 ff., 45; Dt.Akademikerinnenbund, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.194; Dieckmann, (Fn 22), S.125; hierzu auch Lange, FamRZ 72,227

(172) nur Ausbildung und Fähigkeiten hatten als Kriterien der Zumutbarkeit (Angemessenheit) gegolten.

(173) so auch die herrschende Rspr. nach altem Recht, z.B. OLG Hamm, FamRZ 69, 109; Stellungnahme des BR, BT-Drucks.7/650,

Andererseits sollte dem Unterhaltsverpflichteten nicht daraus ein Nachteil erwachsen, daß er während der Ehezeit so großherzig gewesen sei, das ihm fremde Kind aufzunehmen und zu unterhalten(174). Es wurde z.B. auch kritisiert, daß die Unterhaltsberechtigung an Voraussetzungen anknüpfe, die gerade im Zeitpunkt der Scheidung vorlägen; es wurde also polemisiert, wenn die ansonsten unterhaltsbegründende Krankheit erst 3 Wochen nach der Scheidung auftrete, stehe der andernfalls Unterhaltsberechtigte ohne Hilfe da(175), auch die Altersgrenze des § 1572 RegE war fraglich(176).

cc) Umstritten war auch der Unterhaltsanspruch, der sich daraus ergeben sollte, daß ein Ehegatte keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag, § 1573(177), wobei in § 1574 erläutert wurde, was unter dieser "Angemessenheit" zu verstehen sei. Wenn an Ausbildung, Fähigkeiten, Lebensalter und Gesundheitszustand des geschiedenen Ehegatten sowie darüber hinaus an die ehelichen Lebensverhältnisse angeknüpft wurde, so kritisierte Deubner, der das Ganze doch sehr stark aus dem Blickwinkel des schutzwürdigen Mannes sah, insbesondere diese Anknüpfung an die ehelichen Lebensverhältnisse auf das Schärfste: "Der Verpflichtete muß also den regelmäßig von ihm geschaffenen sozialen Status dem Berechtigten erhalten, und der Berechtigte braucht, um den Verpflichteten hierbei zu unterstützen, keineswegs jede ihm möglich, sondern nur ihm angemessene Erwerbstätigkeit zu ergreifen. Und auch hier schlägt wieder wie zum Hohne die Tüchtigkeit des Verpflichteten zu seinem Nachteil aus..."(178).
Dabei wurde immer wieder darauf hingewiesen, daß der Ehemann seinen Lebensstandard nicht nur durch "seine Tüchtigkeit" erworben

---

Anlage 2, S.265; auch bei Held, FamRZ 71, 494; die Vorschläge der ERK hatten auch noch andere im Haushalt lebende pflegebedürftige Personen berücksichtigt, vgl. These 2 d, S.76

(174) Begründung der BReg, BT-Drucks. 7/650, S.123. Diese Argumentation setzte sich durch.

(175) z.B.D.Schwab, (Fn 156), S.86, der dort gleich Lösungsvorschläge macht, die m.E. durch sachgerechte Auslegung auch erreichbar sind. Eine Abschwächung des Zeitfaktors stellt § 1574 IV dar, der im DiskE noch nicht enthalten war.

(176) Das Kommissariat der dt.Bischöfe, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.139 gab übrigens als Altersgrenze, nach der keine Erwerbstätigkeit mehr aufgenommen werden müsse, 45 Jahre an; das scheint unrealistisch bei der immer höheren Lebenserwartung.

(177) mit. sind nun die Normen der Endfassung (Reihenfolge und zahlenmäßige Benennung hatten sich mehrfach geändert)

habe, sondern zu einem großen Teil durch die Übernahme seiner Versorgungstätigkeiten eben durch seine Ehefrau. Die Anknüpfung an den ehelichen Lebensstandard erfolge deshalb, weil die haushaltführende Ehefrau diesen mitbegründet habe(179).
Schwab wünschte sich - hinsichtlich der Angemessenheit - zumindest eine stärkere Berücksichtigung der Lage des Verpflichteten, denn sein Gesichtspunkt der noch wirkenden ehelichen Solidarität bedingte ja Gegenseitigkeit(180).
Er erhob noch andere Bedenken. Auch nach seiner Einschätzung hatte der Gesetzgeber die Unterhaltsregelung nach dem Fall der nicht erwerbstätigen Ehefrau konzipiert, von der sich der Mann nach langjähriger Ehe scheiden läßt(181), es schienen ihm aber daneben Fälle denkbar, wo die Unterhaltsvoraussetzungen in der Person beider Gatten gegeben seien(182). Sein Einwand lautete also: "Die Gefahr, die mit der Anwendung dieses Unterhaltsrechts verbunden sein wird, besteht eben darin, daß ein Ehegatte auch dann mit horrenden Unterhaltsfolgen belastet werden wird, wenn die im Gesetz unausgesprochen gebliebenen Prämissen in concreto nicht erfüllt sind"(183).
Seine Erwägungen ergaben für die Endregelung allerdings keine Konsequenzen, da solche Probleme letztlich doch lösbar schienen.

---

(178) Deubner, ZRP 72, 154, besonders verwerflich fand er dies, wenn die Frau nun mit einem anderen Partner zusammenlebt ("Unterhalts-Onkelehen"); gegen die Anknüpfung an die ehelichen Lebensverhältnisse auch ein Antrag des Landes Hessen im BR, vgl. bei Held, FamRZ 71, 494, der "überholtes Standesdenken" vermeiden wollte; auch Deubner, (Fn 86),S.61

(179) vgl. z.B. BT-Drucks. 7/650, S.129; Simitis, ZRP 71, 43; Deubner, ZRP 72, 155, Fn7 lehnt letztendlich jegliche eheliche Verantwortung ab, da er nämlich auch bei Begrenzung auf den durchschnittlichen Lebensbedarf die Unterhaltsverpflichtung noch für zu hoch hält. Lange, FamRZ 72, 228 hielt eher die Anknüpfung an die ehelichen Lebensverhältnisse nicht für umfassend genug

(180) Schwab,(Fn 29),S.31; ders. (Fn 156), S.83 - 85, wo er seine Beispiele aber sehr polemisch/zynisch wählt und sogar nach Belieben in sich umgestaltet, wodurch er nicht glaubwürdig ist. Allerdings ist seine Argumentation in hohem Maße gleichberechtigungskonform

(181) Schwab, (Fn 156), S.71 warnt z.B. davor, "die Rollen des 'Berechtigten' und des 'Verpflichteten' von vornherein zwischen Mann und Frau zu verteilen, "ähnlich wie nach dem alten Recht zwischen 'schuldigem' und 'unschuldigem' Teil.

(182) Er nennt (Fn 29), S.29 als Beispiel, daß der im Beruf stehende Ehemann die elterl.Gewalt zugesprochen bekommt, sodaß er unter diesem Aspekt Unterhalt von der Frau verlangen könnte, während sie wegen ehebedingt abgebrochener Berufsausbildung unterhaltsberechtigt wäre.

cd) Die Vorschrift über die Obliegenheit des unterhaltsberechtigten Ehegatten, sich weiterzubilden, um sich eine angemessene Tätigkeit zu ermöglichen, § 1574 III, wurde im Gesetzgebungsverfahren erheblich verändert. Die Bundesregierung hatte in ihrer Fassung auf die Fähigkeiten zur Weiterbildung abgestellt, in der Endfassung obliegt die Weiterbildung jedoch nur, wenn ein erfolgreicher Abschluß der Ausbildung zu erwarten ist. Hier setzten sich insoweit Gedanken aus der Reformliteratur durch, die auch zu § 1575 geltend gemacht worden waren(184), der einen Ausbildungsanspruch demjenigen Ehegatten zubilligt, der in irgendeinem Zusammenhang mit der Ehe eine Ausbildung nicht aufgenommen oder abgebrochen hat. Der erwartete erfolgreiche Abschluß der Ausbildung wird ja nicht nur durch die Fähigkeiten des Auszubildenden bestimmt, sondern auch durch allgemeine Zulassungsvoraussetzungen Prüfungsbestimmungen, Altersgrenzen etc., und das sowohl bei der Verpflichtung des Unterhaltsberechtigten zur Weiterbildung gem. § 1574 III als auch bei dem Recht zur Weiterbildung gem. § 1575. Schwab hatte nach Erlaß des RegE von 1971 die Streichung dieses Ausbildungsrechts gefordert, weil er bemängelte, daß ein Ehegatte einen Anspruch haben sollte, obwohl er schon ohne Ausbildung eine angemessene und zumutbare Erwerbstätigkeit finden könnte(185). Der Rechtsausschuß veränderte dies insoweit, daß nicht die Fähigkeiten etc. ausschlaggebend sein sollten, sondern der Umstand, daß die Ausbildung aufgenommen werde, um eine angemessene Erwerbstätigkeit zu erlangen, die den Unterhalt nachhaltig sichern solle.
Erwähnt sei hier noch kurz die Umkehrung der Beweislast, auf die Lange im Rahmen des § 1574 der Entwürfe aufmerksam machte(186). Bisher mußte der auf Unterhalt verklagte Ehegatte beweisen, daß der andere sich selbst unterhalten kann, während jetzt der Kläger die Unmöglichkeit, eine zumutbare Erwerbstätigkeit zu finden, dartun muß.

---

(183) Schwab, (Fn 29), S.30; er fordert deshalb auch (Fn 156), S. 80 die ausdrückliche Berücksichtigung der persönlichen Lebensverhältnisse des Berechtigten; Ramm, (Fn 29), S.38 wies auch darauf hin, daß u.U. der Partner unterhaltsrechtlich das Risiko der eigenständigen innerehelichen Berufsentscheidung des anderen mitträgt.

(184) z.B. Lange, FamRZ 73, 582, dessen Vorschlag der RA letztendlich entsprochen hat.

(185) Schwab, (Fn 156), S.82, vgl. auch S.7c; ähnlich Lange, FamRZ 73, 582; ein reines Interessenstudium soll also durch den Unterhaltsverpflichteten nicht finanziert werden müssen.

ce) Der Unterhaltsgrund des § 1577 RegE (Versorgungszuschlag) war zwar von Simitis aus Gründen des Frauenschutzes begrüßt worden, aber der RA konnte ihn streichen, nachdem er im Recht des Versorgungsausgleichs maßgebliche Änderungen vorgenommen hatte(187).

Statt dessen wurde ein § 1577 a eingeführt, der dem § 1576 der Endfassung weitgehend entspricht, und der eine positive Billigkeitsklausel einführte. "Der Ausschuß wollte sicherstellen, daß jede ehebedingte Unterhaltsbedürftigkeit erfaßt wird und es durch das Enumerationsprinzip zu keinen Ungerechtigkeiten kommt. ... Um zu verhindern, daß über diese sog. positive Billigkeitsklausel das Verschulden am Scheitern der Ehe im Sinne des bisherigen Rechts in die Unterhaltstatbestände Einlaß findet, ist ausdrücklich gesagt, daß Umstände, die zum Scheitern der Ehe geführt haben, außer Betracht bleiben. Fehlverhalten im menschlichen Bereich soll nicht zu wirtschaftlichen Sanktionen führen"(188).

Diese positive Motivation wurde verdrängt durch den VA, der für die Endfassung erreichte, daß schwerwiegende Gründe nicht allein deswegen berücksichtigt werden dürfen, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben, womit der Einlaß von Verschuldensaspekten eminent erleichtert wurde(189). Die Fassung des RA hatte auch nur in den ehelichen Lebensverhältnissen liegende schwerwiegende Gründe berücksichtigen wollen, der VA ließ alle schwerwiegenden Gründe zu, was die Ehebedingtheit der Bedürftigkeit sehr abschwächte(190).

---

(186) Lange, FamRZ 71, 484

(187) vgl. Simitis, ZRP 71, 42; dann aber auch Held, FamRZ 71, 494; s. die Begründung des RA, BT-Drucks. 7/4361, S.31

(188) BT-Drucks. 7/4361, S.17; der AK Juristen in der CSU, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.169 hatte für mehr Berücksichtigung des Billigkeitsgedankens im Unterhaltsrecht plädiert; von Giesen, (Fn 51), S.315, Fn31 wurde auch diese Härteklausel für noch nicht weitgehend genug gehalten.

(189) Giesen, (Fn 51), S.322 betonte ja, ein Gericht müsse sämtliche Umstände berücksichtigen dürfen.

(190) Schwab, (Fn 156), S.73 ff. zeigte ja ohnehin auf, daß diese ehebedingte Bedürftigkeit seit dem DiskE immer mehr abgeschwächt worden sei, begrüßt dies aber, weil es ihm ja mehr auf die 'nacheheliche Solidarität' ankommt. Giesen, (Fn 20) lobte sehr BR und RA, die das "bis dahin nachgerade herzlos rigide Unterhaltsrecht des RegE humanisiert" hätten, S. 18; auch Hillermeier, FamRZ 76, 579, der aber übrigens für § 1576 S.2 ein falsches Beispiel bringt.

Verwunderlich scheint, daß der RA diese Härteklausel ohne Druck von außen eingeführt zu haben schien. Es handelte sich hier also nicht um einen erzwungenen Kompromiß gegenüber dem BR, denn eine derartige Forderung des BR ist nicht ersichtlich. Allerdings wurden auch freiwillige Kompromisse eingegangen, sozusagen, um den BR in Sachen Versorgungsausgleich "gnädig zu stimmen"(191).

cf) Der § 1578 des RegE, jetzt § 1577, enthielt Gründe dafür, warum entgegen der Anspruchsbegründungen doch kein Unterhalt geschuldet wird, wozu sich in der Reformliteratur keine nennenswerte Äußerungen fanden(192).

Gegenüber der Fassung der RegE behielt der RA zwar Abs.1 weitgehend bei, aber Abs.2 veränderte den Anknüpfungspunkt für die Nichtgewährung von Unterhalt und führte eine Billigkeitsklausel ein, "weil es sich gesetzestechnisch als unmöglich erwiesen hat, genau umrissene Maßstäbe für die Anrechnung festzulegen, die allen denkbaren Fallgestaltungen gerecht werden"(193).

Während in Abs.3 des RegE der Stamm des Vermögens nur verwertet zu werden brauchte, wenn dies nicht unwirtschaftlich oder unbillig hart war, führte der RA hierfür die Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse ein. Abs.4regelte einen Fall des späteren Wegfalls des Vermögens, was nach dem RegE unberücksichtigt bleiben konnte, wenn der unterhaltsbeanspruchte Partner sich aus dem Vermögen hätte erhalten können, also quasi dann, wenn man sich im Zeitpunkt der Scheidung einigermaßen darauf verlassen konnte, nicht mit Unterhaltsansprüchen belastet zu werden.

Der RA stellte nun genau auf diesen Zeitpunkt der Scheidung ab, wodurch also eine stärkere Anknüpfung an die Ehe erreicht wurde, also 'Bedürftigkeit aufgrund der Ehe' oder zumindest schon im Zeitpunkt der Ehe.

Die Fassung des RA wurde auch Gesetz, während § 1578, die Regelung des Unterhaltsmaßes, das sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen bestimmt, nur vom DiskE zu den Regierungsentwürfen verändert, in deren Fassung aber Gesetz wurde.

---

(191) vgl. Dieckmann, (Fn 22), S.120

(192) vgl. nur Dieckmann, FamRZ 77, 64

(193) BT-Drucks. 7/4361, S.32; davor BT-Drucks. 7/650, S.135

cg) Die Kritik entbrannte wiederum an der unterhaltsrechtlichen negativen Billigkeitsklausel des § 1579. Nachdem der DiskE es grundsätzlich für bedenklich gehalten hatte, einen so zweckgebundenen Unterhaltsanspruch durch eine Härteklausel wieder zu nehmen(194) und sich deshalb darauf beschränkt hatte, wegen der Kürze der Ehe, eines Verbrechens des Unterhaltsberechtigten gegen den Verpflichteten oder bei mutwilliger Herbeiführung der Bedürftigkeit so zu verfahren, nahm der Referentenentwurf als 4. Grund noch eine Unterhaltspflichtverletzung während der Ehe auf, was sich gleich als problematisch herausstellte. Wenn nämlich in § 1360 normiert wurde, daß derjenige Ehegatte, dem die Haushaltsführung übertragen sei, dadurch seine Unterhaltspflicht erfülle, so wurde dadurch eine Unterhaltsverpflichtung weiterhin einseitig personalisiert(195). Stellte aber eine Unterhaltspflichtverletzung gem. § 1579 I Ziff.4 einen Ausschlußgrund für nachehelichen Unterhalt dar, so hätte dies für den erwerbstätigen Ehegatten lediglich die Verletzung einer Geldleistungspflicht bedeutet, während der haushaltführende Gatte gleichzeitig mit der Unterhaltspflichtverletzung im Bereich der "ehelichen Lebensgemeinschaft" "schuldig" geworden wäre. Für diesen wäre also das Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht partiell wieder eingeführt worden(196), und dies hätte auch wegen der unterschiedlichen Berücksichtigung von Fehlverhalten einen Verstoß gegen das Gleichberechtigungsgebot dargestellt.

Dabei waren die Ausschlußfälle absichtlich enumerativ aufgezählt worden(197), um Berücksichtigung von Verschulden zu vermeiden, während der BR vorschlug, als Satz 2 eine allgemeine Härteklausel einzuführen, um "dem übergeordneten Gesichtspunkt der Gerechtigkeit" zu genügen(198).

---

(194) DiskE, S.107

(195) DAG, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.178 f. kritisierte darüber hinaus, daß der "Haushalter" wie bisher verpflichtet sein sollte, erwerbstätig zu sein, wenn der Ehepartner nicht genug verdiente, damit sei Doppelbelastung aus wirtschaftlichen Gründen perpetuiert.

(196) vgl. die Kritik bei Schwab, (Fn 29), S.26

(197) "eine allgemeine Härteklausel ... (war) nicht vorgesehen. Sie würde die Prüfung einer Scheidungsschuld ermöglichen.." BT-Drucks. 7/650, S.137, wobei die Nr.4 schon eine Konzession an die Forderung nach Berücksichtigung des Verschuldens im Unterhaltsrecht gewesen war. Bei dieser Konzession hatten sich die Verfasser des Entwurfs aber noch trösten können, Fehlverhalten und Rechtsfolge lägen auf dem gleichen Gebiet.

Von vielen Autoren wurde die Billigkeitsklausel in der Form der Entwürfe grundsätzlich begrüßt[199]. Auch Schwab fand es unerträglich, daß selbst derjenige Ehegatte, der die Ehe durch grobes Fehlverhalten zerrüttet hatte, bei Vorliegen der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen Unterhalt verlangen können sollte: "Daß in solchen Fällen der zur Unterhaltszahlung verurteilte Ehegatte das Recht als Instrument der Gehässigkeit empfinden wird, wird man ihm nicht verdenken können"[200], dabei sagte er andererseits selbst: "... daß ein Partner nach gängigen Maßstäben den Anlaß für dieses Scheitern gibt, ist allein kein Grund, ihm einen Rest an Solidarität zu versagen"[201], und gerade er sah auch die Gefahr, daß der 4. Unterhaltsverweigerungsgrund der RegEe aus dem Bedürfnis heraus, Verschuldensaspekte irgendwie zu berücksichtigen, extrem weit ausgelegt werden würde[202]. Deshalb aber gleich eine Generalklausel zu fordern, erscheint nicht recht logisch, zumal damit offen der "Einzug des Scheidungsverschuldens ins Unterhaltsrecht" akzeptiert würde[203]. Der RA veränderte die Norm insoweit, als er der Ehezeit die Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes gleichstellte, insbesondere aber dadurch, daß er in Nr.4 anstelle der Unterhaltspflichtverletzung während der Ehe doch eine Auffang- eine Generalklausel einführte, nämlich einen Grund ausreichen ließ, der ebenso schwer wiegen sollte wie die in den anderen Nummern genannten.

"Es ist notwendig, Unterhaltsansprüche in schwerwiegenden Fällen auszuschließen. Das darf nicht dazu führen, daß das Schuldprinzip mit seinen unerträglichen Konsequenzen in der unterhaltsrechtlichen Auseinandersetzung wieder auflebt. ..."[204].

---

(198) vgl. bei Held, FamRZ 71, 495; es sei dem Ansehen der Justiz nicht gedient, wenn ein Gesetz selbst schwerste Ungerechtigkeiten zulasse, um ein Prinzip ausnahmslos durchzuexerzieren; Schwab, (Fn 29), S.33 wiederum hielt die Generalklausel des BR für geeigneter, "vorausgesetzt allerdings, daß sie nicht dazu mißbraucht wird, dem Scheidungsverschulden wiederum generellen Einlaß in die Scheidungsfolgenregelung zu gewähren".

(199) vgl. z.B. Simitis, ZRP 71, 43; Kommissariat der dt.Bischöfe in:v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.143

(200) Schwab, (Fn 29), S.32; ähnlich Lange, FamRZ 72, 229 f.

(201) Schwab, (Fn 29), S.33; vgl. auch Vogel, FamRZ 76, 484

(202) Schwab, (Fn 29), S.34

(203) Schwab, (Fn 29), S.32

Der Abs.2, der klarstellte, daß dennoch Unterhalt gewährt werden muß, wenn von dem Berechtigten ein gemeinschaftliches Kind gepflegt oder erzogen wird, blieb durch den RA unverändert, und § 1580, der die Ehegatten verpflichtete, sich gegenseitig auf Verlangen Auskunft zu erteilen über Einkünfte und Vermögen, blieb im Verfahren unverändert und wurde in der Fassung der Regierungsentwürfe Gesetz.

ch) § 1581 hatte in der Form der RegEe zwei Absätze und regelte die Unterhaltsverpflichtung bei mangelnder Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Formell wurde durch den RA der Inhalt der Norm in einem einzigen Absatz zusammengefaßt, inhaltlich wurde Folgendes verändert: Die Regierungsentwürfe hatten noch darauf hingewiesen, daß im Falle einer Wiederheirat oder aber der Unterhaltsgewährung an ein minderjähriges Kind auch die Bedürfnisse des neuen Gatten und dieses Kindes zu berücksichtigen seien, was im Entwurf des RA fehlte, der auch die Endfassung darstellt. Letztendlich ergab sich dies aus der Veränderung des § 1582. Der DiskE war hier noch von der grundsätzlichen Gleichrangigkeit der Ansprüche des früheren und des neuen Ehegatten ausgegangen. Die RegEe hatten die Tendenz zugunsten des früheren Gatten verschoben, und vom RA wurde die Norm nochmals verändert.
Der Vorrang der geschiedenen Frau war einerseits als "Diskriminierung der Zweitehe" a postrophiert und somit negativ eingeschätzt[205], andererseits entschieden gefordert worden[206]. Simitis warnte sehr eindringlich vor einem solchen "Wiederverheiratungsverbot für sozial Schwächere", denen zumindest die Wahl der Hausfrauenehe verbaut sei[207]. Die Bundesregierung übersah nicht, daß auch eine eventuelle neue Familie den Schutz des Art.6 genieße, wies aber darauf hin, daß der neue Partner schließlich wisse, daß er einen Partner heirate, der nicht völlig frei ist von Verpflichtungen[208]. Gerade daraus, daß die Ehe auf Lebenszeit angelegt sei, ergebe sich, daß der geschie-

---

(204) BT-Drucks. 7/4361, S.32. Daß der Ausschlußgrund auf eine Entsprechung mit den in Nr.1 - 3 genannten Fällen beschränkt wurde, erschien der Minderheit im RA schon als nicht weitgehend genug, vgl. BT-Drucks. 7/4361, S.33

(205) so z.B. Simitis,ZRP 71, 43; grundsätzliche Gedanken hierzu bei Müller-Freienfels, (Fn 101), S.171 f.; er hatte S. 203 eine Billigkeitsregelung für das Richtige gehalten.

(206) Held, FamRZ 70, 514; Die AG der kath.dt.Frauen, in: v. München, Aktuelle Dokumente, S.151 hatte auch einen grds. Vorrang der geschiedenen Frau gefordert. Der BR hatte eine

dene Gatte sich auf die Sicherung seines Unterhaltsanspruchs verlassen können muß(209).
Noch in den Entwürfen der Bundesregierung kam der Vorrang des geschiedenen Partners einer verschlüsselt zum Ausdruck durch die Formulierung "Die Unterhaltspflicht gegenüber einem neuen Ehegatten ist nur zu berücksichtigen, wenn ...", aber der RA machte ganz deutlich "Bei Ermittlung des Unterhalts des geschiedenen Ehegatten geht ... der geschiedene Ehegatte einem neuen Ehegatten vor, ..." (unter bestimmten Voraussetzungen).
Die Fassung des RA wurde auch Gesetz.

ci) Eine ganz große Neuerung im nachehelichen Unterhaltsrecht, überhaupt in der ganzen Familienrechtsreform, stellte der sog. "Versorgungsausgleich" dar, der das Prinzip des Zugewinnausgleichs auf die Versorgungsanwartschaften ausdehnen sollte, und der aus der Motivation heraus eingeführt war, den wirtschaftlich schwächeren Gatten, insbesondere die nicht erwerbstätige Hausfrau, beim Scheitern der Ehe an der Zukunftssicherung teilhaben zu lassen, die formal dem anderen Gatten zugerechnet, an sich aber von beiden erarbeitet war. Es sollte dies ein erster Schritt sein in Richtung auf eine eigenständige soziale Sicherung der Hausfrau(210), deren Abhängigkeit vom Mann, nicht nur im Unterhalt, sondern auch in sämtlichen Sicherungsrechten im Falle der Scheidung der Ehe besonders deutlich wurde; so war diese Neuerung insbesondere wesentlich unter dem Aspekt der Gleichberechtigung.
Es wurde wegen der Brisanz dieser neuen Regelungen die Thematik natürlich auch in der Reformliteratur seit den ersten Entwürfen heftig diskutiert - insbesondere auch Veränderungen im Detail

---

allgemeine Härteklausel vorgeschlagen, BT-Drucks. 7/650, Anlage 2, S.264

(207) Simitis, ZRP 71, 43 und 44; seinen Bedenken wurde auch Rechnung getragen durch einen Antrag des Landes Bayern im BR, dieser kam aber nicht durch, vgl. bei Held, FamRZ 71, 495; auch Lange, FamRZ 72, 230 f. setzte sich nur für einen eingeschränkten Vorrang des geschiedenen Gatten ein, schon wegen der voraussichtlichen Leistungsunfähigkeit vieler Pflichtiger

(208) BT-Drucks. 7/650, S.143; Hirsch,ZRP 71, 86

(209) Umstritten war bei dem relativen Vorrang des geschiedenen Ehegatten auch noch der Rang seines Anspruchs gegenüber anderen Berechtigten. Der RA hat diesbezügliche Vorschläge des BR verworfen, lediglich einen Abs.2 eingeführt: "§ 1609 bleibt im übrigen unberührt", vgl. BT-Drucks. 7/4361,S.10 f. auch bei Lange, FamRZ 73, 562; Held,FamRZ 71, 495

vorgeschlagen und in der Tat die Regelungen im einzelnen im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens noch häufig und ganz wesentlich verändert, insbesondere durch den RA, der sich mit dieser Thematik besonders ausführlich befaßt hatte(211). Z.B. änderte der RA, dessen Fassung auch Gesetz wurde, in § 1587 I die Begriffe und sprach von Anwartschaften im Gegensatz zu Anrechten oder Aussichten auf eine Versorgung. Auch die Legaldefinition der "auszugleichenden Versorgung" wurde gestrichen. In Abs.2 nahm der RA eine Spezifizierung hinsichtlich der Ehezeit vor. Der RegE hatte diese vom Tag der Eheschließung bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angesetzt, während der RA den Beginn des Monats wählte, in dem die Ehe geschlossen wurde und das Ende des Monats, der dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorausgeht.

Hier sollen nur einige Stimmen angeführt werden, die für oder gegen den Versorgungsausgleich im Grundsatz sprachen, denn nur dieser Grundsatz muß im Hinblick auf die Gleichberechtigung interessieren.

Im Ansatz wurde der Gedanke des Versorgungsausgleichs meist begrüßt(212), wenn auch meist seine Unzulänglichkeit bemängelt(213). Vor allem wurde befürchtet, daß die Versorgungsleistung von ihrem Umfang her in der Regel nicht genügen würde, um den Beteiligten eine ausreichende wirtschaftliche Existenz zu sichern, die dann womöglich beide der Sozialhilfe zur Last fallen würden(214).

---

(210) vgl. z.B. Bogs,(Fn 58), S.96, 114; Simitis,ZRP 71, 44; Gitter, FamRZ 74, 233 f.; auch Vogel, FamRZ 76, 485, der die momentan noch bestehenden finanziellen Schwierigkeiten diesbezüglich betont. Als erste Möglichkeit hierzu wird der Versorgungsausgleich aber anerkannt, vgl. Belchaus, FamRZ 73, 345; auch Schwab, (Fn 156), S.70 und Mikat,FamRZ 70, 333, Fn 108 und 109 m.w.N.; Bogs, NJW 68, 1650; "gemeinsame Lebensleistung der Gatten", DiskE S.7 + 143

(211) vgl. die Veröffentlichung der 2tägigen Anhörung zum Versorgungsausgleich "Zur Sache 2/76"; die Veränderungen im einzelnen sind gut zusammengestellt in der Begründung des RA in BT-Drucks. 7/4361, S.20 f., auch S.35 ff., und die Entstehung auch bei v.Maydell, FamRZ 77, 174

(212) z.B. Simitis, ZRP 71, 44 ; Gitter, FamRZ 74, 236; BR in BT-Drucks. 7/4694, S.12 - 14; Lange, FamRZ 72, 233

(213) Simitis, ZRP 71,44; insbesondere hinsichtlich der praktischen Auswirkungen bedenklich: Gitter, FamRZ 74, 236; Giesen, (Fn 51), S.317 f. m.w.N. kritisierte die Regelung aus diesen Gründen so entschieden, daß er als Gegner des Versorgungsausgleichs bezeichnet werden muß.

Grundsätzlich kritisierte Bogs, daß der Versorgungsausgleichsanspruch in seiner zunächst gedachten Form kein fester, ohne Beteiligung des Ehepartners durchsetzbarer öffentlich-rechtlicher Anspruch sei, sondern ein durch eine Härteklausel eingeschränkter privatrechtlicher Anspruch(215). Dieser Kritik wurde Rechnung getragen.

Der BR hatte von Anfang an mehr Dispositionsbefugnis für die Ehegatten durchzusetzen versucht, was ebenfalls letztlich Erfolg hatte(216).

Nicht nur die unübersichtliche Formulierung wurde immer wieder kritisiert(217), man sah zum Teil durch diese Neuregelung den Verselbständigungszwang auf die Frau verstärkt, weil sie gezwungen sei, die Kleinstrente aufzufüllen(218).

Dennoch wurde der Versorgungsausgleich von der Bundesregierung durchgesetzt, auf Kosten schwerwiegender Kompromisse im Bereich der allgemeinen Ehewirkungen (Namensrecht), des Scheidungs- und des Scheidungsfolgenrechts (Härteklauseln). Vor allem wurde ganz am Schluß des Gesetzgebungsverfahrens vom VA die Abdingbarkeit dieses Versorgungsausgleichs durchgesetzt, § 1408 II, worin auch ein echtes Zugeständnis der Bundesregierung an die Opposition, an die Mehrheit im BR zu sehen ist(219).

---

(214) Gitter, FamRZ 74, 236; ähnliche Sorge auch Bosch, FamRZ 70, 110: "Sozialisierung der Scheidungsfolgen", vgl. aber Pappai, Die Rentenversicherung 73, 168, der diese Bedenken widerlegt, aber wieder ähnlich RA Ev.Frauenarbeit in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.119; AK Juristen in der CSU, ebenda, S.169 und Dt. Hausfrauenbund, ebenda, S.216; Nach Ansicht von Bogs, (Fn 58), S.116 ist die Gefahr der Untersicherung langfristig nicht groß, was er gut begründet (wenn auch anhand eines etwas anderen Modells). Auch Pappai betont S.164, daß diese Gefahr nur für Ehen bestehe, die Jahrzehnte gedauert haben, während die durchschnittliche Ehedauer aller geschiedenen Ehen 9 Jahre betrage.

(215) vgl. die Härteklausel im DiskE § 28 Ziff.1 und RefE von 1970 § 1587 c Ziff.1 ; gegen eine Härteklausel, insbesondere gegen die Berücksichtigung des "offensichtlichen Alleinverschuldens" hatte sich Bogs, schon (Fn 58), S.115 ausgesprochen.

(216) BT-Drucks. 7/4696, S.12 - 14

(217) Giesen, (Fn 51), S.318; vgl. auch die Stellungnahme des BR BT-Drucks. 7/650, Anlage 2, S.266

(218) vgl. Schwab, in Zur Sache 2/76; auch Giesen, (Fn 51), S. 318

(219) vgl. BT-Drucks. 7/4992, S.6

3.) Ausdruck des Gleichberechtigungsgedankens in den Entwürfen

Die weitere Verwirklichung der Gleichberechtigung wurde intendiert durch die neue Namensregelung in Ehe und Familie in § 1355, besonders aber durch die Aufgabe des Leitbildes der Hausfrauenehe in § 1356, also die völlig neutrale Haltung des Gesetzgebers hinsichtlich der Form der Eheführung. Die Ausdehnung der sog. "Schlüsselgewalt" auf beide Gatten sollte ihr ebenso dienen wie die geschlechtsneutrale Formulierung der ehelichen Unterhaltspflichten.
Auch das Scheidungsrecht wurde geschlechtsneutral formuliert, und es konnte in seiner Gesamttendenz, nämlich dem Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip, durch sein Versachlichungs- und Objektivierungsstreben einen möglichen Schritt in Richtung auf Gleichberechtigung beider Partner darstellen. Wenn Menschenwürde mehr geachtet wird, ist auch die Möglichkeit der Unterdrückung eines Geschlechtes mehr verbaut.
Im Recht der Scheidungsfolgen sollte die unterhaltsrechtliche Grundtendenz der Eigenverantwortlichkeit beider Partner nach der Scheidung ein Zeichen für Gleichberechtigung im Sinne von Gleichverpflichtung sein. Für Partner, die bisher in einer Hausfrauenehe gelebt und deshalb Erwerbstätigkeit und entsprechende Vorbildung vernachlässigt haben, ist in den Einzelregelungen versucht, hierfür einen Ausgleich zu schaffen; auf diese Weise wurde im Grundsatz Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung zu verwirklichen und doch in den Fällen, die für diese Entwicklung noch nicht reif sind, eine Lösung zu finden versucht, die der Gleichberechtigung ebenfalls entsprechen kann, denn sonst wäre eine Benachteiligung der sog. "Nur-Hausfrau" gegenüber der erwerbstätigen Frau vorprogrammiert, die dem Gleichberechtigungsgedanken ebenso widersprechen würde wie die Ungleichbehandlung von Mann und Frau.

4.) Politische Interessen

Nachdem in den vorigen Ausführungen auf die Kritik an den Entwürfen von Seiten der Rechtslehre und Richter immer gleich miteingegangen und ihre Auswirkung auf die Entwicklung der Entwürfe angedeutet wurde, soll noch kurz die Auswirkung politischer Interessen, z.B. sog. politischer"pressure groups" auf die Gleich-

berechtigung im Gesetzgebungsverfahren untersucht werden.

a) Zunächst ist das Ausmaß des politischen Einflusses auf die Gesetzgebung fraglich.
Es wurden ja während des gesamten Verfahrens immer wieder Äußerungen aller möglichen Einzelpersonen, Verbände, Gruppierungen und Vereinigungen an den Gesetzgeber herangetragen, die Änderungen des bisher Erarbeiteten erstrebten - eine Einflußnahme, der sich der Gesetzgeber im Falle des 1. EheRG auch bewußt ausgesetzt hat. Es zeigt sich also klar, daß all diejenigen, die sich in ihren Interessen von einem entstehenden Gesetz betroffen glauben, bzw. die Interessen von Betroffenen vertreten, alles daran setzen, die Regelung in ihrem Sinne und gemäß ihrem Verständnis zu prägen. Für diese Sachlage sprach Ridder etwas spitz, aber durchaus zutreffend, von einer "Interessentenjurisprudenz"(219 a).
Meist geht ja sogar der Problemimpuls für den Erlaß eines Gesetzes von diesen Interessenten aus, die die bestehende Rechtslage lange kritisieren, bevor die Initiative vom formellen Gesetzgeber überhaupt ergriffen wird(220).
Das hört sich nun so an, als wären die Gesetze, die im Endergebnis daraus entstehen, "Spiegelung der in der gesellschaftlichen Sphäre, selbst mehrheitlich, vorherrschenden Vorstellungen und Überzeugungen..."(221). Dagegen macht auch Maihofer klar, daß gegenüber den mit Hilfe der Demoskopie ermittelten'mehrheitlichen'Vorstellungen vor allem die der Fraktionen in den Parlamenten eine Rolle spielen, insbesondere auch die der Bürokratie der Regierung, nicht zu vergessen die Bedeutung der Richter und Behörden, also rechtsanwendenden Organe, wobei die Gewichtung des Einflusses jeweils sehr unterschiedlich beurteilt wird, sich wohl auch nach Art des Gesetzes unterscheidet. Jedenfalls ist zu

---

(219a) Ridder, Männer und Frauen sind gleichberechtigt, in: FS Leibholz, Bd.2, 1966, S. 224; ähnlich auch Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, im Vorwort; ergibt sich auch bei Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, S.46; vgl. grds. auch Hartwieg/Rebe,(Fn 79), S.27 f.; Ridder spricht sogar von einer Verwilderung unseres staatsrechtlichen Betriebs.

(220) vgl. z.B. Noll,(Fn 219 a), S.73 ; Dichgans, Die Welt verändern. Reform oder Revolution? 1974, S.69; Lukmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, rechtspolitisch betrachtet, 1965, S.191 sieht gar eine Verlagerung des Machtproblems aus der Durchführung der Entscheidungen in ihre Vorbereitung und weist neben Wissenschaft und Rspr. in Fn 3 auch noch auf die große Bedeutung von Interessentenorganisatio-

sehen, daß ganz unterschiedliche Institutionen in unterschiedlichem Ausmaß an Gesetzgebungsverfahren beteiligt sind, vom juristischen Experten über Politiker und politische Gruppen bis hin zum interessierten Laien(222).

Luhmann formuliert: "Heute ist die Rechtssetzung als fachlich-technisch orientierter Entscheidungsprozeß in die Hände der staatlichen Bürokratie im weitesten, Parlamente und Gerichte einschließenden Sinn gegeben - eine Tatsache, die ..., ohne historische Parallelen ist"(223).

Die Verfassungsgemäßen Gesetzgebungsorgane bestehen aber aus Politikern; es war also vorgesehen, den Gesetzen politische Entscheidungen zugrundezulegen.

Handelt es sich um ein Gesetz, das Regelungen nur an gewandelte Wertvorstellungen und z.B. wirtschaftliche Gegebenheiten anpassen will, ist eine Berücksichtigung der hierzu bestehenden Rechtsprechung, aber auch der öffentlichen Meinung und der Interessen der Betroffenen anders zu beurteilen, als in einem Falle, wo Recht gestaltend wirken will, wo also der Gesetzgeber nicht nur bestrebt ist, gesellschaftlichen Veränderungen gerecht zu werden, sondern selbst auch solche herbeiführen will.

Wenn also in den vorigen Ausführungen ersichtlich wurde, daß die Veränderungsvorschläge der Rechtswissenschaft und der Richter (soweit vorhanden) an sich wenig berücksichtigt wurden(224), so ist dies bereits ein Indiz dafür, daß hier primär ein politisches Gesetz erlassen wurde, ein erstes Indiz auch dafür, daß eben politische, dadurch wirtschaftliche Interessen in einem ganz bedeutenden Maße im Spiel waren, daß also gerade die politischen "pressure groups" eine bedeutende Rolle spielten.

---

nen im Gesetzgebungsverfahren hin.

(221) Maihofer, Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft, in: Das Rechtswesen, S.45

(222) vgl. Maihofer, (Fn 221); eine ähnliche Fragestellung wirft beiläufig Rasehorn auf, Was formt den Richter? in: Böhme (Hrsg.), Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung 1968, S.17; ähnlich Rehbinder, Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Probleme der Rechtspolitik, in: Jbf.Rsoz.u.Rth III, S.37; zum Einfluß der Laien: Kulcsár, Sozialer Wandel und die Mitwirkung des Laienelementes in der Rechtspflege, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.491, der eine Möglichkeit für Laien bei der politischen Entscheidung und als Laienrichter sieht.

(223) Luhmann, (Fn 220), S.189 und S.191 ff.; vgl. zum Verhältnis von Recht und Politik Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, S.9 und ders. (Fn 1), S.170 ff.

Interessant ist, in welcher Form die Diskussion zwischen den politischen Kräften im Parlament geführt wurde: Von der Regierungspartei aus - bzw. der Koalition - wurde eher Kompromißbereitschaft angezeigt, denn diese wollte ihr Reformvorhaben ja durchbringen. Die Kompromißbereitschaft war wegen der unterschiedlichen Kräfteverhältnisse im BR nötig, da ja die Zustimmung des BR erforderlich war(225). So wurde davor gewarnt, daß das zukünftige Eherecht auf diese Weise " das Ergebnis eines Kuhhandels" werden könnte(226).
Bei dieser Art des Vorgehens bestand von vornherein die Gefahr, daß wirkliche politische Entscheidungen nicht würden getroffen werden können und auf die Rechtsanwendungsorgane verlagert würden, oder aber, daß die Kräfteverhältnisse in den Gremien Kompromisse erzwingen würden, die sich auf das Gesetz zweifellos negativ auswirken müßten(227).
Noll beschreibt die Kompromißgesetze allgemein so: "Den Befürwortern des Gesetzes ist es gelungen, das Gesetz als solches durchzubringen; den Gegnern ist es gelungen zu verhindern, daß das Gesetz mit wirksamen Sanktionen ausgestattet wurde"(228).
Daß das 1.EheRG ein solches Kompromißgesetz werden würde, zeigte sich schon an den Entwürfen, und naturgemäß sind mit dem Endergebnis in einem solchen Falle alle Betroffenen unzufrieden(229).

b) Wenn also im Gesetzgebungsverfahren vorwiegend politische Kräfte maßgeblich waren, gerade sie aber gleichzeitig verschiedenste Belange und Interessen mitberücksichtigen müssen und sol-

---

(224) vgl. auch Bosch, FamRZ 76, 403

(225) vgl. Emmerlich, Die SPD ist zur Zusammenarbeit bereit, S. 4 f.; zum Zusammenspiel und Gegeneinander von Regierung, BR, BT und RA auch Schwab, FamRZ 76, 493 f.

(226) Emmerlich, (Fn 225), S.5

(227) Gernhuber spricht hinsichtlich des 1. EheRG vom "Elend einer Legislative, die sich hin und her wand, die zugestehen und zugleich zurücknehmen wollte..." oder zu § 1568 "Die Zeit allein, und diese willkürlich gegriffen ... wirkte befreiend im Gesetzgebungsverfahren als Element eines Kompromisses, in dem die Opposition die von ihr gewünschte Weite der Härteklausel erhielt und dafür die Befristung zugestand", vgl. Neues Familienrecht, 1977, S.114 und 115; ähnlich Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S.23; vgl. aber Vogel, FamRZ 76, 482, der betont: "Die Einzelregelungen lassen an mehreren Stellen den Kompromiß deutlich erkennen. Der Reform tut das aber keinen Abbruch. Wir leben in einer pluralistischen Gesellschaft, und so ist es nur folgerichtig, wenn gesell-

len, so ergibt sich zwingend die Verstrickung der Gesetzgebung mit wirtschaftlichen Interessen, denn unser gesamtes Staatswesen ist von diesen bestimmt(230), und es liegt auf der Hand, daß diese wirtschaftlichen Gesichtspunkte in keinem Fall ausgespart bleiben können. Im übrigen: "Obschon die Sphäre des Familienkreises selbst sich als unabhängig, als von allen gesellschaftlichen Bezügen losgelöst, als Bereich der reinen Menschlichkeit wahrhaben möchte, steht sie mit der Sphäre der Arbeit und des Warenverkehrs in einem Verhältnis der Abhängigkeit ..."(231), - wie oben ausführlich dargelegt -, was deutlich macht, daß auch im Bereich des Familienrechts die Belange der Wirtschaft gesichert werden. Die ganze Ideologie der politischen Kräfte in Deutschland ist von marktwirtschaftlichen Aspekten geprägt, und es ist fraglich, wie sich das auf die Gleichberechtigung der Geschlechter auswirkt. Weite Teile unserer Wirtschaft funktionieren nur dadurch, daß die Frauen als "industrielle Reservearmee" eingesetzt und eingeplant(232), also in Zeiten des industriellen Aufschwungs in die Berufstätigkeit gelockt, in Zeiten der Rezession als die ersten entlassen werden können(233).

---

schaftspolitisch relevante Neuerungen, die von einer breiten Mehrheit akzeptiert werden sollen, auch diese Pluralität widerspiegeln", vgl. auch sehr deutlich Schwab, FamRZ 76, 493; Lüke, (Fn 96), S.637

(228) Noll, Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.262

(229) Hier bleibt der Gang zum Bundesverfassungsgericht, das noch eine gewisse Korrektur der Gesetzgebung bewirken kann, weswegen die Arbeit der Betroffenen und Interessenten auch mit Erlaß des Gesetzes noch nicht beendet ist.

(230) Ottwalt läßt in seinem Justizroman, Denn sie wissen, was sie tun, 1931, schon einen Juristen sagen: "Das Recht ist nur eine Funktion der Ökonomie", S.154; vgl. insbesondere zum Zusammenhang von Gleichberechtigung und wirtschaftlichen Interessen, Ridder, (Fn 219 a), S.222

(231) Habermas, Die bürgerliche Familie und die Institutionalisierung einer publikumsbezogenen Privatheit, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.112

(232) vgl. Schwarzer, Der "kleine Unterschied" und seine großen Folgen, 1977, S.230: "Ohne den weiblichen Beitrag gratis in der Reproduktion und unterbezahlt in der Produktion würde die auf der Unfreiheit vieler basierende 'freie Marktwirtschaft' weniger zusammenbrechen. Wie bewußt diese Tatsache den Unternehmern ist, zeigt ein Beitrag Günter Buttlers in "Die Beiträge des deutschen Industrieinstituts", wo er in unbefangener Offenheit schreibt: "Man kann die menschliche Arbeit in Erwerbsarbeit und Hausarbeit einteilen, beide tragen zum Lebensunterhalt bei. Von jeher galt es als die Aufgabe der Frau, sich um den Bereich der Haus -

Bei vollständig verwirklichter Gleichberechtigung der Geschlechter würden die Frauen selbständig entscheiden wollen und müssen, wann und wie lange und ob überhaupt sie berufstätig sein wollen, genau wie die Männer, und diese Entscheidung wäre langfristig gesehen frei von ideologischen Wunschvorstellungen und Mythen, sodaß es nicht mehr so einfach wäre, die Frauen zu manipulieren und mit der jeweils unterschiedlichen Propaganda entweder in die Fabrik oder an den Herd zurück zu locken(234).

Der Zusammenhang zwischen Stellung der Frau und wirtschaftlichen Interessen bzw. wirtschaftlicher Situation schlechthin ist ja schon allein daraus ersichtlich, daß - darüber besteht Einigkeit -(235) die Veränderungen in der Stellung der Frau gerade durch die Industrialisierung bewirkt wurden. Die Frau wurde ja nur von Kindern, Küche und Kirche weggelassen, weil ihre Arbeitskraft in der Industrie benötigt wurde. Die Veränderung ihrer beruflichen Situation ließ dann die vollständige Unter-

---

arbeit zu kümmern. (...) Es geht im nachfolgenden um die Möglichkeiten und Voraussetzungen, latente Beschäftigungsreserven für Wirtschaftswachstum zu erschließen, ohne daß dadurch die spezifische Rolle der Frau und ihre Funktion im Rahmen der Familie beeinträchtigt oder gar in Frage gestellt werden"; vgl. auch Kramer, Zentralbl.f.JugendR u.Jugendwohlfahrt, 1975, 383; vgl. die Argumentation bei Meinhof, Falsches Bewußtsein, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.40, 46; Tönnis, Sprengstoff für die Familie, ebenda, S.85; ergibt sich auch bei Fuhrer, Zs.f.ev.Ethik 1975, S.99; Heinsohn/Knieper, Theorie des Familienrechts, 1974, S.126; vgl. auch das empirische Material bei Pieper/Pieper, Familie: Stabilität und Veränderung, 1975, S.42, 47 f.; vgl. auch Theweleit, Männerphantasien, Bd.1, 1977, S.409

(233) Sehr gut gerade z.Zt. zu beobachten: Ries, Neue Gesellschaft 75, 735 weist auf eine regelrechte "Weiblichkeits-Nostalgie" als Gegenbewegung zu den emanzipatorischen Frauengruppen hin. Außerdem müsse bei 400 000 weiblichen Arbeitslosen die Hausfrauenrolle wieder gesellschaftlich hoch bewertet dargestellt werden, auch die Publizistik wird eingesetzt, um gesellschaftliche Anerkennung und Überbetonung des Wertes der Hausfrauenarbeit auszuweisen.

(234) Deutlich werden solche Dinge mehr am Rande, z.B. an der immer wiederkehrenden Argumentation, durch die Aufgabe des Hausfrauenleitbildes in Verbindung mit dem Scheidungsfolgenrecht werde das Leitbild der Doppelverdienerehe zum neuen Leitbild erhoben. Dies erscheint so negativ, weil es wirtschaftlichen Interessen am Status quo zuwiderläuft. Die DAG in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.175 ist aber einer der Ansicht, "daß die Begabungsreserven der weiblichen Bevölkerung nicht länger ungenutzt bleiben können; ebenso Mikat, FamRZ 70, 347 und Mead, Mann und Weib, gek.Ausgabe 1977, S.16

drückung doch nicht mehr zu, man mußte der Frau letztendlich soviele Rechte zubilligen, daß sie in der Industrie - soweit sie dort benötigt wurde - "ihren Mann stehen konnte" (übrigens besonders auch in Kriegs- und Nachkriegszeiten).
Solche Zusammenhänge werden aber nicht offengelegt, sondern zur Begründung der Einschränkungen der Frau muß immer die Biologie herhalten"Die Gleichberechtigung von Mann und Frau ist biologisch beschränkt, und sie muß auch im gesellschaftlichen Leben begrenzt werden"(236).
Die biologische Mutterschaft wird also nicht nur mißbraucht, die 'Weiblichkeit' der Frau zu begründen und sie von bestimmten Arbeiten fernzuhalten,also auf "typisch weibliche" Tätigkeiten zu fixieren, sondern ganz grundsätzlich zu ihrer Unterdrückung.
Unter diesen Bedingungen sah es von vornherein für die weitere Verwirklichung der Gleichberechtigung schlecht aus, und es ist nun die neue Rechtslage daraufhin zu untersuchen.

MünchKomm-Wacke § 1356 RdNr 5 schreibt auch ganz selbstverständlich und locker: "Bei abflauender Wirtschaftskonjunktur, steigenden Arbeitslosenziffern und bedenklich abnehmender Geburtenziffer ist die Doppelverdienerehe überdies volkswirtschaftlich unerwünscht". Also eindeutig wirtschaftliche Interessen, die denen der Selbstbestimmung der Frau (auch des Mannes) total übergeordnet werden.

(235) vgl. z.B. die Angaben bei Meinhof, (Fn 232), S.42; dieser Zusammenhang ergibt sich auch bei Zetkin, Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung, 1971, S.5; König, (Fn 79), S.17, 119; Pieper/Pieper, (Fn 232), S.41; de Beauvoir, Das andere Geschlecht, 1968, S. 92 f.; ergibt sich in der Entwicklungsgeschichte nach Morgan, Der Mythos vom schwachen Geschlecht, 1975, S.150 sehr frühzeitig, S.164; Zum Einfluß der Industrierevolution auf die Familie schlechthin Dörner,Industrialisierung und Familienrecht, 1974.Huhn Der Fall Familie,1977, S.142: "Die Geschichte der Ehe ist die Geschichte der Produktionsverhältnisse".

(236) Sailer, Biologische Grundlagen, in: Rotzoll(Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.57

IV. Rechtslage nach Inkrafttreten des 1. EheRG[1]

1.) Darstellung der verschiedenen Neuregelungen

Die folgende kurze zusammenfassende Darstellung der Neuregelungen erfolgt weniger unter dem Aspekt der dogmatischen Einzelheiten als danach, welche Punkte für die Gleichberechtigung irgendwie bedeutsam erscheinen.aus der Sicht der Kommentare. Soweit sich durch die Rechtsprechung schon Tendenzen der Anwendung ergeben, werden diese mit berücksichtigt.

a) Die allgemeinen Ehewirkungen

Die §§ 1353 - 1362 regeln die allgemeinen privatrechtlichen Folgen der Eheschließung in persönlicher und vermögensrechtlicher Beziehung, wobei bemerkenswert ist, daß diese Regelungen weitgehend als zwingendes Recht angesehen werden[2].

aa) § 1353 I ist jetzt ausdrücklich bestimmt, daß die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird. Durch die Einführung des Zerrüttungsprinzips im materiellen Ehescheidungsrecht wurde also der Grundsatz der auf Lebenszeit angelegten Ehe nicht berührt[3]. Ebenfalls ist die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft enthalten, wobei wesentliches Element derselben ist: die Bereitschaft, "sich in allen wichtigen Angelegenheiten des ehelichen Lebens um eine Einigung zu bemühen"[4].

---

(1) Die Normen des 1. EheRG befinden sich im Anhang IV

(2) so z.B. Beitzke, Familienrecht, 19.Aufl.1977, S.3 + 53 für das ganze Familienrecht; seit den Reformen bezweifelt dies Lüderitz,NJW 78 691; einschränkend Pal-Diederichsen zu § 1353, Anm. 1; Wacke, FamRZ 77, 508; BGHZ 26, 196 (199); Soergel-Lange, zu § 1353, Rz 2; allerdings vertreten dies eher die institutionellen Ehelehren, während die interindividuellen Ehelehren der Parteivereinbarung mehr Spielraum lassen, vgl. Streck, Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allg. Ehewirkungen, 1970, § 10. Bei partnerschaftlichem Ehebegriff muß wohl die Dispositionsbefugnis der Gatten weit zu ziehen sein.

(3) MünchKomm-Rebmann Einl RdNr 131; ähnlich MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr 1; Pal-Diederichsen zu § 1353, Anm. 1; Vogel,FamRZ 76, 482; also keine Veränderung gegenüber BVerfGE 10, 59(66); Lüke, Die persönlichen Ehewirkungen und die Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe- und Familienrecht, in: FS Bosch, S. 631; Kniebes, DRiZ 76, 325

(4) BT-Drucks. 7/650, S.95; durch die generalklauselartige Fassung des § 1353 I 2 spricht man der Vorschrift ähnliche Be-

Es wird zwar betont, daß eine Darstellung des Pflichtenkatalogs nicht mehr im bisherigen Umfang möglich sei(5) - das 1.EheRG hat die Verfügbarkeit der ehelichen Pflichten sehr erweitert(6) - , dennoch liest man in den Kommentierungen und Erläuterungen zum neuen Gesetz ähnliche Aufstellungen von Pflichten wie früher. Man nennt wieder die eheliche Treue, schlimmer noch: die Pflicht zum ehelichen Verkehr in Zuneigung, nicht in Widerwillen oder Gleichgültigkeit(7), zur häuslichen Gemeinschaft, zur gemeinsamen Wohnsitzwahl etc.(8).
Und wird auch einerseits betont, es handle sich nur noch um Sollvorschriften(9), so andererseits, es träten gegenüber dem bisherigen Recht keine Änderungen ein(10). Die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft dient als Auslegungsrichtlinie für vorhandene und Lückenbüßer für fehlende Eherechtsnormen(11), was für die

---

deutung zu wie § 242 für das Vertragsrecht: "Beide Generalklauseln verweisen auf überpositive Normen der Sozialethik, die dadurch von der Rechtsordnung rezipiert werden", Münch Komm-Wacke § 1353 RdNr 3

(5) Wacke, FamRZ 77, 506; bis zum 1.EheRG folgten die einzelnen Pflichten aus der Rspr. zu § 43 EheG, soweit nämlich dort als Ehescheidungsgrund eine "schwere Eheverfehlung" verlangt wurde. Als mittelbare Erkenntnisquelle für die einzelnen Ehepflichten kommt das neue Scheidungsrecht nur außerhalb der Zerrüttungsvermutungen in Frage, wenn das Scheitern der Ehe direkt festgestellt werden muß (§ 1565 I 2) (gefährliche Auslegung), vgl. die Anm. zu § 43 EheG (die Rspr. und die einzelnen Pflichten) bei Pal.-Diederichsen aller Auflagen vor der 36. Die Schwierigkeiten ergeben sich aus der fehlenden Definition der Ehe, die auch die vielfältigen Ehelehren nicht liefern können, vgl. ausführlich Rolland, § 1353, RdNr. 5 ff.

(6) MünchKomm-Wacke, § 1353 RdNr.19: Innerhalb der Ehe respektiere der Staat die Autonomie der Ehegatten, vgl. auch Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 1353 Rz 8, der "Ehe-Kern" dürfe aber nicht berührt werden.

(7) Pal.-Diederichsen zu § 1353, Anm. 2 b aa; auch Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch § 1353 Rz 23: "Bloße Duldung genügt nicht, aktive Beteiligung beider Gatten ... "zurückhaltender Ambrock § 1353 II 9; BGH,NJW 67, 1079; die eheliche Treue auch bejaht von Wacke, FamRZ 77, 508, nicht aber die Rechtspflicht zum Geschlechtsverkehr; Bergerfurth, Eherecht, S.54; kritisch hierzu Rolland, § 1353 RdNr 7

(8) zu den Pflichten Pal.-Diederichsen § 1353, Anm. 2 b; zur häuslichen Gemeinschaft schon RGZ 53, 340; mit der Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft wird dann gleich das Recht zur Berufstätigkeit eingeschränkt aus § 1356 II, vgl. auch Wacke FamRZ 77, 508; allerdings wird in § 1353 auch eine Pflicht zur Mithilfe im Haushalt subsumiert, vgl. auch Lüke, (Fn 3), S.632 und Bergerfurth, Eherecht, S.53 ff.

(9) Wacke, FamRZ 77, 507; a.A. Bosch, FamRZ 77, 572

Gleichberechtigung der Geschlechter fürchten läßt.
Die Herstellungsklage ist nach wie vor möglich gem. § 1353 II und bringt Probleme mit sich, da fraglich ist, w a n n dem Herstellungsverlangen keine Folge geleistet zu werden braucht[12].

ab) Nach der Neufassung des § 1355 durch das 1.EheRG wird Familienname[13] automatisch der Geburtsname des Mannes, wenn die Verlobten keinerlei Erklärung abgeben. Ansonsten können sie wahlweise den Geburtsnamen des Mannes oder der Frau zum Ehenamen machen[14].
Der durch die Wahl oder kraft Gesetzes zum gemeinsamen Namen beider Eheleute gewordene Ehename genießt vollen Namensschutz für beide[15]. Durch das 1.EheRG hat im übrigen auch der Nichtigkeitsgrund des § 19 EheG a.F.(Namensehe) seine Wirksamkeit verloren, und die Untersagungsrechte der §§ 56, 57 EheG a.F. sind weggefallen.
Der übergangene eigene Name kann als Begleitname dem Familiennamen vorangestellt werden. Er ist persönlicher Namenszusatz, eheliche Kinder erwerben diesen Begleitnamen nicht[16]. Die Voranstellung ist unwiderruflich, eine Ablegung des Vorsatznamens bedürfte eines Namensänderungsverfahrens[17].

---

(10) BT-Drucks.7/4361, S.7

(11) MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr.3

(12) Pal.-Diederichsen zu § 1353, Anm.3; vgl. in Anm. 3 a Einzelfälle für Mißbrauch; RGZ 95, 333; Böhmer, StAZ 76, 237,dort auch ausführlicher zu der Problematik; MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr 36, nach RdNr 39 darf das Herstellungsverlangen nur verweigert werden, gem. § 1566 II, also nach dreijähriger Trennung, so auch Rolland § 1353 RdNr.40 und Ambrock, § 1353 III 3. M.E. muß aber auch"normales" Scheitern gem. § 1565 möglich sein; wie soll man sonst überhaupt die 3 Jahre Trennung zusammenkriegen; wie ich OLG Hamburg, NJW 78, 644, wonach nicht einmal die einjährige Trennungsfrist abgelaufen sein muß; Schwab, FamRZ 79,15 verquickt § 1565 I 2 und § 1353 II und resümiert: "Eine Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft besteht nicht, wenn sie voraussichtlich ohnehin nicht erfüllt werden wird".

(13) zu den verschiedenen Namensbegriffen vgl. Pal.-Diederichsen zu § 1353, Anm. 1; Wacke, FamRZ 77, 511; zum Ganzen auch Diederichsen, NJW 76, 1169

(14) Wacke, FamRZ 77, 512 ; MünchKomm-Wacke § 1355 RdNr.12; der Gesetzgeber hat sich also für das Prinzip der Einheitlichkeit des Ehe- und Familiennamens entschieden.

(15) Pal.-Diederichsen zu § 1355, Anm. 2 d

(16) Lüke, (Fn 3), S.630; vgl. zu den verschiedenen Zusammensetzungsmöglichkeiten und möglichen Unklarheiten Bergerfurth, Eherecht, mit Beispielen, S. 50 f.

ac) Gem § 1356 wird die Haushaltsführung, damit die gesamte Lebensgestaltung, von den Eheleuten im gegenseitigen Einvernehmen geregelt. Die Hervorhebung gerade des Haushalts verdeutlicht die gemeinsame Verantwortung der Ehegatten für diesen(18). Damit können nun im Bereich des Ehe- und Familienwesens die unterschiedlichsten neuen Lebensstrukturen wachsen(19).
Die Rechtsnatur des gegenseitigen Einvernehmens ist umstritten, denn die Abmachungen und Abänderungen erfolgen in den allermeisten Fällen stillschweigend durch entsprechende tatsächliche Funktionsteilung(20).
Derjenige Ehegatte, dem die Haushaltsführung allein überlassen worden ist, leitet den Haushalt in eigener Verantwortung. Die Haushaltsführung ist dann aber auch seine Pflicht und kann bestimmten außerhäuslichen Aktivitäten entgegenstehen(21). Die Mithilfe des anderen Ehegatten bestimmt sich nach § 1353, die der Kinder nach § 1619(22).
Beide Ehegatten sind berechtigt, erwerbstätig zu sein. Auf die Belange von Familie und anderem Ehegatten ist hierbei Rücksicht zu nehmen(23), sie sind gleichwertig gegen die eigenen Interessen abzuwägen. In vielen Erläuterungen wird aber betont "Eine verstärkte Nachgiebigkeit erwartet der Gesetzgeber z.B. von der Ehefrau, wenn Kinder zu pflegen oder zu erziehen sind"(24).
Eine Verpflichtung zur Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten wird gegebenenfalls unmittelbar aus der im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft anerkannten Beistandspflicht

---

(17) MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr 23

(18) BT-Drucks.7/650, S.97; Pal.-Diederichsen zu § 1356, Anm.2 a Wacke, FamRZ 77, 516; vgl. hierzu Kurr, FamRZ 78,2; auch Böhmer, StAZ 76, 237; auch die Haushaltstätigkeit als Pendant zur Berufstätigkeit, also die "Wahlmöglichkeit" soll in § 1356 zum Ausdruck kommen, Rolland, § 1356,RdNr.5

(19) Rolland zu § 1356, RdNr.4 macht darauf aufmerksam, daß der gesetzliche Schutz sich nicht auf gleichberechtigte Ehen beziehe.

(20) vgl. bei Wacke, FamRZ 77, 518; auch bei Lüke, (Fn 3), S.634; MünchKommWacke § 1356 RdNr 9: die Vorschriften des AT über Willenserklärungen sind jedenfalls nicht anwendbar; ausführlich zur Rechtsnatur Kurr, FamRZ 78,2

(21) vgl. bei Pal.-Diederichsen zu § 1356, Anm. 2 b bb

(22) MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr 3 und § 1356 RdNr.12; Pal.-Diederichsen zu § 1356, Anm. 2 c bb

(23) Wacke, FamRZ 77, 518; Soergel/Lange § 1356 Rz 13; der Vorrang der Familienverträglichkeit gilt entsprechend für sportl.,politische,gemeinnützige oder karitative Aktivitäten

gefolgert[25]. Mit der Abschaffung des § 1356 II a.F. durch das 1.EheRG sind die Voraussetzungen der Mitarbeitspflicht enger zu ziehen. Grundsätzlich verwertet jeder Ehegatte seine Arbeitskraft und sein Vermögen nach eigenem Ermessen[26].
Aus der Üblichkeit der Mitarbeit folgt nicht ohne weiteres deren Unentgeltlichkeit[27].
Um die sich aus § 1356 ergebenden Pflichten durchzusetzen, steht dem anderen Ehegatten nur die Herstellungsklage zur Verfügung, wobei das Urteil aber nicht vollstreckbar ist (§ 888 II ZPO)[28], äußerstenfalls bleibt die Scheidung.

ad) Gem. § 1357 wird die Schlüsselgewalt wegen der Preisgabe des Modells der Hausfrauenehe von der internen Aufgabenverteilung gelöst, der Ausdruck "Schlüsselgewalt" bezieht sich heute auf die sich aus dem angemessenen Familienlebensbedarf ergebende Verpflichtungsbefugnis jedes Ehegatten[29].
Der Gläubiger wird stark geschützt, da für ihn die vom Geschlecht unabhängige einvernehmliche Rollenverteilung innerhalb der Ehe nicht mehr erkennbar ist.
Im Rahmen der Geschäftsbesorgung gem. § 1357 I 1 wird der andere Ehegatte in der Regel mitberechtigt , § 432, und mitverpflichtet, § 421; die Eheleute haften für Kaufpreisforderungen und ähnliches als Gesamtschuldner. Es handelt sich hierbei um zwingendes Recht in allen Güterständen.
Die Schlüsselgewalt ruht, wenn die Ehegatten im juristischen Sinne getrennt leben oder das gemeinsame Hauswesen aufgelöst wird[30].

---

(24) BT-Drucks.7/650, S.98; Diederichsen, NJW 77, 219, 220; vgl. dagegen die Regelungen der DDR, nach denen die Berufstätigkeit der Frau absoluten Vorrang genießt, was MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr 179 "eine zu einseitig verstandene Gleichberechtigung" nennt; auch MünchKomm-Wacke § 1356 RdNr 7 +15; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch vor § 1356 ; Rolland § 1356 RdNr.9 formuliert wirklich geschlechtsneutral.

(25) Pal.-Diederichsen zu § 1356, Anm.4; Kniebes,DRiZ 76, 326; BAG, NJW 78, 343; ausführlich Bergerfurth, Eherecht, S.72ff. der die Mitarbeitspflicht voll bejaht. Da hat sich für ihn nichts geändert; ausführlich auch Rolland, § 1356 RdNr.12 ff.

(26) Pal.-Diederichsen zu § 1356, Anm. 4 a; zu den Schwierigkeiten in bezug auf §§ 844, 845 BGB vgl. aber Wacke, FamRZ 77, 519 f.; Bergerfurth, Eherecht bejaht sogar die Erzwingung der Mitarbeit durch Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns, S.74

(27) Pal.-Diederichsen zu § 1356, Anm. 4 c; MünchKomm-Wacke § 1356 RdNr.23 ff.

(28) vgl. zur mangelnden Eingriffsmöglichkeit der Gerichte in die Autonomie der Gatten, Lüke (Fn 3), S.634 (keine Streit-

Dem Begriff der angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie lassen sich vom Wortlaut her alle Geschäfte subsumieren, die sich innerhalb des verfügbaren Familieneinkommens halten(31). Geschäfte größeren Umfangs, die ohne Schwierigkeiten zurückgestellt werden könnten, sollen nicht darunter fallen(32). Bei Überschreitungen des angemessenen Familienbedarfs haftet der andere Ehegatte nicht(33).
Jeder Gatte kann die Verpflichtungsermächtigung des anderen beschränken oder entziehen lassen, ohne daß es zunächst darauf ankommt, ob die Maßnahme begründet ist.

ae) § 1360 ist völlig geschlechtsneutral formuliert und beinhaltet die Unterhaltspflicht beider Ehegatten als gegenseitige und als Verpflichtung zur Aufbringung des Familienunterhalts(34) bei gültiger bestehender Ehe, in der die Ehegatten nicht getrennt leben.
Die Art und Weise des zu leistenden Unterhalts ist unterschiedlich je nachdem, wie die Eheleute ihre Ehe ausgestalten(35). Wird einem der Gatten die Haushaltsführung ganz überlassen, so erfüllt er damit auch seine Unterhaltspflicht. Je nach Umfang der außerhäuslichen Erwerbstätigkeit des einen oder beider Gatten staffelt sich ihre finanzielle Beitragspflicht bzw. ihre Mithilfepflicht im Haushalt(36).
In den Kommentierungen wird betont, im Rahmen der Haushaltsführungsehe bestehe ein erhöhter Vertrauensschutz desjenigen Ehe-

---

entscheidungsinstanz).

(29) Wacke, FamRZ 77, 520; Pal.-Diederichsen zu § 1357, Anm. 1 b; so soll die wirtschaftliche Chancengleichheit in der Familie verwirklicht werden, vgl. Rolland § 1357 RdNr.4

(30) Wird die Trennung nicht nach außen erkennbar, erfolgt Gläubigerschutz über Anscheinsvollmacht.

(31) Da der neue Begriff dem Unterhaltsrecht entstammt, ist bei seiner Auslegung (mit Einschränkungen) von §§ 1360, 1360 a auszugehen; vgl. zum Ganzen Lüke,(Fn 3), S.635 ff.; Kniebes, DRiZ 76, 326; Büdenbender, FamRZ 76, 668; ausführliche Einzelbeispiele bei Bergerfürth, Eherecht, S.66 f.

(32) BT-Drucks.7/650, S.99; zur unterschiedlichen Beurteilung der Berechtigung im Außen- bzw. Innenverhältnis Pal.-Diederichsen zu § 1357, Anm. 3b u. insbes. Wacke, FamRZ 77, 524, der sich dagegen wehrt, im Innenverhältnis die Schlüsselgewalt wieder vom Rahmen der Haushaltsführung abhängig zu machen: dies würde sowohl dem partnerschaftlichen Eheverständnis als auch Wortlaut und Entstehung widersprechen.

(33) daß das Geschäft innerhalb des angemessenen Familienbedarfs liegt, hat der Dritte zu beweisen, vgl.Pal.-Diederichsen zu § 1357, Anm. 2 b bb

gatten, dem die Haushaltsführung überlassen worden ist, also ein "Beharrungsinteresse" des haushaltsführenden Ehegatten. Die Verpflichtung zur Erwerbstätigkeit solle Ausnahmefall bleiben(37).

af) § 1360 a bestimmt den Umfang der Unterhaltspflicht. Angemessener Unterhalt ist der gesamte Lebensbedarf der Familie, also alles, was zur Bestreitung der Haushaltskosten und der persönlichen Bedürfnisse der Familienangehörigen nötig ist(38).
Die Art der Unterhaltsleistung ergibt sich aus der Lebensgemeinschaft.
Die Verpflichtung, dem anderen Ehegatten gem. Abs.4 Prozeßkostenvorschuß zu leisten, ist trotz ihrer Vorläufigkeit Ausfluß der Unterhaltspflicht(39), und sie ist auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch der §§ 1569 ff. auszudehnen(40).

ag) In § 1361 geht es nur um den gegenseitigen Unterhalt der Ehegatten, denn die Familiengemeinschaft ist durch die Trennung zerfallen.
Grundsätzlich besteht ein gegenseitiger Anspruch - wenn dessen Voraussetzungen vorliegen - auf angemessenen Unterhalt nach den Lebens-, Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten.

---

(34) Die Unterhaltsvorschriften gelten in ihrem ganzen Umfang bei jedem Güterstand, und der Familienunterhalt ist zwingender Natur; auch ehevertraglich kann ein Ehegatte nicht auf den Unterhalt für die Zukunft verzichten, vgl. Pal.-Diederichsen, zu § 1360, Anm. 1

(35) Pal.-Diederichsen zu § 1360, Anm. 3

(36) Pal.-Diederichsen zu § 1360, Anm. 3 c; Wacke, FamRZ 77, 526 Die Verpflichtung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit aus Gründen der Unterhaltspflicht ist von der Pflicht zur Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten zu unterscheiden. Dem Recht auf Erwerbstätigkeit gem. § 1356 II korrespondiert ggf. gem. § 1360 S.1 die Verpflichtung, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, um die Familie angemessen zu unterhalten.

(37) Pal.-Diederichsen zu § 1360, Anm. 3 c aa; dies kommt auch deutlich in Bergerfurths Beispielen zum Ausdruck, Eherecht, S. 92; vgl. auch Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch § 1360, Rz 9 + 12

(38) Es sind hierbei die Verhältnisse beider Ehegatten zu berücksichtigen, und das Einkommen beider Ehegatten bildet die Grundlage und obere Grenze.

(39) BGH, FamRZ 64, 558; Pal.-Diederichsen zu § 1360 a, Anm. 3 a; § 1360 a IV enthält keine Regelung darüber, wem die Kosten endgültig zur Last fallen. Bei einem Streit der Ehegatten untereinander ist die Kostenentscheidung maßgebend; a.A. BGHZ 56, 93

(40) vgl. die neuen Entscheidungen, in denen zum Ausdruck kommt,

Vereinbarungen über Art und Höhe der Zahlungen sind zulässig(41), der Umfang bestimmt sich nach Grund und Höhe danach, was nach den Lebens-, Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten angemessen ist.

Einschränkungen des Unterhaltsanspruchs ergeben sich nach § 1361 nur noch auf Grund fehlender Bedürftigkeit(42) bzw. Leistungsunfähigkeit und im Rahmen von Abs.3. Gefordert werden kann also unter Umständen der gesamte Lebensbedarf(43),und von der Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens an gehören auch die Kosten für eine angemessene Altersversicherung etc. dazu(44).

Zugunsten des nichterwerbstätigen Ehegatten stellt Abs.2 eine Schutzvorschrift dar. Er kann nur unter engen Voraussetzungen auf eine Erwerbstätigkeit verwiesen werden(45).

Abgesehen von der Trennungsschuld sind sämtliche Lebensumstände zu berücksichtigen. Da hier keine Aufspaltung in Unterhaltstatbestände vorgenommen wurde, können die Grundsätze der §§ 1570 ff. hier einfließen(46).

Abs.3 dagegen enthält eine Schutzvorschrift zugunsten des Unterhaltsverpflichteten, die den Anspruch beschränkt oder streicht, wenn seine Inanspruchnahme grob unbillig wäre. Das wird dann anzunehmen sein, wenn einer der über Abs.3 erheblichen Gründe aus § 1579, Nr.2 - 4 vorliegt. Als solcher wird z.B. angesehen, wenn

---

daß dieser Anspruch auch in Unterhaltssachen bei den Geschiedenen besteht: AG Hanau, FamRZ 78, 419; OLG Celle,FamRZ 78, 783; OLG Koblenz, FamRZ 78, 901; a.A. OLG Hamburg, FamRZ 78, 902, aber wieder OLG München, FamRZ 79, 42; OLG Hamm, FamRZ 79, 43; umstritten ist, ob zwischen ehelicher und nachehelicher Unterhaltspflicht Identität besteht, so z.B. Pal.-Diederichsen zu § 1360, Anm. 2d; ähnlich KG,FamRZ 78, 420; zur "Identitätstheorie" kurz Scheld, FamRZ 78, 653 m.w.N.

(41) ansonsten zwingendes Recht, vgl. z.B. BGH, NJW 62, 2102

(42) zum Teil werden in der Rspr. an diese Bedürftigkeit sehr strenge Anforderungen gestellt, vgl. OLG Bremen,NJ" 78, 1332 großzügiger aber OLG Bremen, FamRZ 78, 774=NJW 78, 1864

(43) Pal.-Diederichsen zu § 1361, Anm. 1 d; vgl. aber OLG Frankfurt, FamRZ 79, 139; nach KG, NJW 78, 274 = FamRZ 78, 192 besteht der angemessene Unterhalt getrennt lebender Ehegatten regelmäßig in der Hälfte des gemeinsamen Einkommens nach Abzug der Familienlasten; vgl. zur Berechnung auch AG Neuss, NJW 78, 644; OLG Stuttgart, NJW 78, 1332; KG, NJW 78, 2302; OLG Saarbrücken, FamRZ 78, 501; OLG Stuttgart, FamRZ 78, 590 OLG Stuttgart, FamRZ 78, 681 u. 78, 684; OLG Zweibrücken, FamRZ 78, 773; zur Festsetzung der Kosten für Altersversicherung OLG Karlsruhe,NJW 78, 2248

(44) vgl. hierzu OLG Karlsruhe, FamRZ 79, 120 u. OLG Bremen, FamRZ 79, 121

die Trennung ohne äußeren Anlaß aus reiner Laune heraus geschieht(47).

b) Scheidungsrecht

ba) Gem. § 1564 erfolgt eine Scheidung in der Bundesrepublik nur durch Urteil und zwar auf Initiative eines oder beider Ehegatten(48).

Das Urteil ist rechtsgestaltend. Bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes besteht ein öffentlichrechtlicher Rechtsschutzanspruch(49). Die Ehegatten dürfen sich auf die Scheidungsnorm stützen, deren Voraussetzungen sie am besten erfüllen können(50).

---

(45) Einmal soll dadurch das endgültige Scheitern der Ehe nicht noch gefördert werden, zum anderen besteht ein besonderes Schutzbedürfnis des nicht erwerbstätigen Ehegatten, der durch die Trennung wirtschaftlich stärker gefährdet wird. vgl. auch OLG Stuttgart, NJW 78, 1332; beim Getrenntleben kann auch die Pflege eines nicht gemeinschaftlichen Kindes die Erwerbstätigkeit ausschließen, vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 78, 118

(46) Derleder/Derleder, FamRZ 77, 594; Bosch, FamRZ 77, 571,Fn41; vgl. auch Pal.-Diederichsen zu § 1361, Anm. 2 b bb; bei der Bemessung des Unterhalts und auch nur dort ist die Dauer der Ehe zu berücksichtigen, vgl. Abs.2 und 3 des § 1361 und OLG Bremen, NJW 78, 1864

(47) Pal.-Diederichsen zu § 1361, Anm. 3; vgl. hierzu OLG Bremen, NJW 78, 1331 = FamRZ 78, 775 und NJW 1332 = FamRZ 78, 338, sowie 78, 410, wobei im Endeffekt vorwiegend die vielbeschworenen "Unterhalts-Onkelehen" boykottiert werden,obwohl im einen Fall auf mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit abgestellt wird. "Grundlose Trennung" ist aber nach Rolland, § 1361 RdNr.16 keine mutwillige Herbeiführung der Bedürftigkeit. Bei OLG Bremen, NJW 78, 1331 geht die Ablehnung des außerehelichen Verhältnisses so weit, daß nicht einmal § 1579 II berücksichtigt wird, der in diesem Fall vorgelegen hätte. Allerdings hatte man dort nur das Armenrechtsgesuch wegen mangelnder Erfolgsaussicht zurückgewiesen. vgl. auch FamG Pinneberg, das ähnlich entscheidet und sogar § 1579 II wegen Art.20 III für verfassungswidrig hält(Vorlagebeschluß in FamRZ 78, 37 = FamRZ 78, 119); dem schließt sich AG Lörrach an, FamRZ 78, 338 = 78, 412; OLG Hamburg, FamRZ 78, 37; AG Mainz, FamRZ 78, 413 = 78, 499; einschränkend zur Anwendung des § 1579 I Nr.4 im Bereich des § 1361: KG FamRZ 78, 685; differenzierter hierzu und den Unterhalt trotz 'Onkelehe' eher zusprechend: AG München, FamRZ 78,894 (es müßten zusätzliche Umstände dazukommen), nur ein besonders schwerwiegendes Trennungsverschulden führe zu § 1361 III i.V.m. § 1579 I Nr.4, S.895: Das Argument, "der Staat könne nicht seine Hand dazu reichen, daß ein Ehegatte gegenüber dem anderen 'Kasse macht' (Diederichsen, NJW 77, 357,358), diene nur der Polemik. Die Ehefrau, die durch eheliche Untreue die Ehe zerstört habe, bleibe daher grds.anspruchsberechtigt; vgl. aber wieder OLG München, FamRZ 79, 34; unter

bb) § 1565 führt das Scheitern einer Ehe als einzigen Scheidungsgrund ein, das ohne Rücksicht auf ein Verschulden eines oder beider Ehegatten an der Zerstörung der ehelichen Gemeinschaft zur Scheidung führt. Die Ehe ist nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung gescheitert, wenn 2 Voraussetzungen erfüllt sind: die Lebensgemeinschaft besteht nicht mehr, und ihre Wiederherstellung ist auch nicht mehr zu erwarten (materielle Zerrüttungsprüfung)(51).

Die Beurteilung, ob eine Ehe gescheitert ist, setzt also eine Eheanalyse und eine Eheprognose durch den Richter voraus(52), und zwar soll der Richter die Lebensverhältnisse der Ehegatten im Einzelfall prüfen, es darf die "dieser Ehe" entsprechende Lebensgemeinschaft nicht mehr bestehen(53).

Das Scheitern der Ehe kann nur unter Berücksichtigung des Gesamtverhaltens und Empfindens beider Ehegatten festgestellt werden(54). Die bloße Erklärung des Antragstellers, er werde nicht mehr zu seiner Familie zurückkehren, reicht zum Beweis des Scheiterns der Ehe nicht aus, wohl aber die einseitig empfundene Zerrüttung(55). Es muß entschieden werden, ob die Ehekrise überwindbar ist oder nicht(56). Hinsichtlich der Zerrüttungsursachen

---

engeren Voraussetzungen OLG Celle, FamRZ 79, 119; vgl. auch Ambrock, § 1361 III

(48) "Daß eine Ehe nur auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden kann, ist ein bedeutsamer Ausdruck des materiellen Rechts. Nicht der Staat oder Dritte, vielmehr allein die Ehegatten entscheiden darüber, ob eine gescheiterte Ehe geschieden werden soll", MünchKomm-Wolf § 1564,RdNr.4

(49) Schwab, FamRZ 76, 492; und zum bisherigen Recht die ZPO-Kommentare. Mit dem Wegfall des Verschuldensprinzips ist der Lehre vom subjektiven Recht auf Scheidung gegenüber dem anderen Ehegatten die Grundlage entzogen, vgl.MünchKomm-Wolf § 1564, RdNr.13

(50) vgl. OLG Köln, FamRZ 78, 25; Entschließungen der Arbeitskreise des Ersten Dt.Familiengerichtstages, FamRZ 78, 846; MünchKomm-Wolf § 1566 RdNr.60; vgl. auch Rolland § 1564, RdNr.5

(51) Das Scheitern gem. § 1565 I ist genau zu prüfen, denn es war erklärtes Ziel der Reform, die Scheidung einer noch heilbaren Ehe nicht zuzulassen, vgl. OLG Koblenz,FamRZ 78,32. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist im Scheidungsurteil einzeln darzulegen.

(52) Pal.-Diederichsen zu § 1565, Anm.2; Schwab, FamRZ 76, 494; zum Ganzen auch Kniebes, DRiZ 76, 327; MünchKomm-Wolf § 1565 RdNr.44 betont den objektiven Charakter dieser Prognose,die Damrau, NJW 77, 1622 nach einjähriger Trennung entfallen läßt.

(53) Die BGH-Rspr. hatte bisher auf die "Durchschnittsehe" abge-

kommen naturgemäß dieselben Gründe in Betracht, die schon unter der Herrschaft des Verschuldensgrundsatzes zur Scheidung führten(57).

Hinsichtlich der Zerrüttungsverursachung i.S. von Abs.2 läuft es praktisch doch wieder auf die Schuldfrage hinaus(58).

Die Vorschrift des Abs.2 wird ganz unterschiedlich gewertet und beurteilt, wie in der Rechtsprechung bereits sehr deutlich wird. So wird vertreten, sie solle zum Ausdruck bringen, daß eine Ehe eben grundsätzlich nicht geschieden werden dürfe, solange die Eheleute noch nicht ein Jahr getrennt gelebt hätten(59).

---

stellt, vgl. z.B. BGHZ 26, 198; s. bei Schwab, FamRZ 76, 495; die individuelle Prüfung betont auch Damrau, NJW 77, 1621, läßt aber ansonsten die Zerrüttungsbeteuerung genügen, also die Symptome der Zerrüttung ohne ihre Gründe; nicht so Bergerfurth, Eherecht, S.204; ebenso streng Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 1565 Rz 6, aber auch individuell, Rz 10; übrigens muß beim Antrag gem. § 1565 I nach Ansicht des OLG Bremen, FamRZ 77, 809 der letzte eheliche Verkehr angegeben werden, ebenso Bergerfurth, FamRZ 77, 530; einschränkend Evans-v.Krbek, FamRZ 77, 529; dies ist m.E. strikt abzulehnen.

(54) Allgemeine und subjektive Anforderungen an Liebe etc. stellen den Maßstab dar; es geht also um den personalen Zerrüttungsbegriff im Gegensatz zum funktionalen; vgl. Schwab, FamRZ 76, 495 f., auch schon RGZ 163, 342 u. BGH, NJW 68, 1232; Deubner, NJW 78, 2586,Fn 10 hält schon das Scheidungsbegehren selbst für ein entscheidendes Indiz dafür, daß nicht mehr erwartet werden könne, daß die ehel.Lebensgemeinschaft wieder hergestellt wird .

(55) so z.B. OLG Stuttgart, FamRZ 78, 690 und mit überzeugender und sehr guter Begründung schon Wolf-Lüke-Hax, Scheidung u. Scheidungsrecht, 1959, S.300; damit ist auch das ständige Räsonnieren von der 'einseitigen Aufkündigung' hinfällig, vgl. auch OLG Celle, FamRZ 78, 508; MünchKomm-Wolf § 1565, RdNr.55; Rolland, § 1565 RdNr.17; Schwab,D. Handbuch des Scheidungsrechts,1977, RdNr.94; Lüke,(Fn 3), S. 638; OLG Hamm, FamRZ 77, 802; OLG Schleswig, FamRZ 77, 802, 803;

(56) es wird ja immer wieder (zu Recht) betont, daß die Vermeidung der Scheidung und die Aussöhnung der Ehegatten in ihrem eigenen Interesse sei,(überdies in dem der Kinder und der Gesellschaft). Allerdings istja eine Scheidung reparabel.

(57) Daß in den Kommentierungen für die Scheiternsprüfung immer wieder auf die Zerrüttungsursachen abgestellt wird, erscheint sehr bedenklich. Hier zeigt sich mangelnde Bereitschaft umzudenken, vgl. z.B. OLG Frankfurt, FamRZ 77, 814; zu den Zerrüttungsursachen im einzelnen Ambrock,§ 1565 II

(58) Pal.-Diederichsen zu § 1565, Anm. 3; Böhmer,StAZ 76, 238

(59) so z.B. OLG Frankfurt, NJW 78, 169; OLG Köln, FamRZ 77, 717; OLG Frankfurt, NJW 78, 892 = FamRZ 78, 339: die Ernsthaftigkeit des Scheidungsentschlusses manifestiert sich in der Regel erst durch einjähriges Getrenntleben; aber: OLG Karlsruhe, NJW 78, 1534 = FamRZ 78, 592 sieht weder in § 1565 II

Dann wird der Vorschrift der Sinn zugesprochen, die Scheidung der Ehe in Fällen des Rechtsmißbrauchs zu verhindern(60) oder einfach, vorschnelle Scheidungen zu verhindern(61), oder sie habe beide letztgenannten Zwecke zusammen(62). Die Scheidung ist hier - wenn also die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt lebten nur möglich aus Gründen in der Person des Antragsgegners, die die Aufrechterhaltung der Ehe für den Antragsteller unzumutbar machen, wobei in Rechtsprechung und Lehre heftig umstritten ist, ob die Aufrechterhaltung schon des Ehebandes(63), oder ob

---

noch in Abs.1 eine derartige Voraussetzung festgeschrieben, die Entfremdung der Gatten müsse also nicht unbedingt sich auch äußerlich durch eine entsprechende Trennungsdauer manifestiert haben, so auch OLG Schleswig, NJW 78, 51; OLG Stuttgart, NJW 78, 52; OLG München, NJW 78, 49; ausführlich hierzu Brüggemann,FamRZ 78, 92, es werde doch ein gewisser Zwang auf den Scheidungswilligen ausgeübt, die totale Trennung herbeizuführen (S.95), aber: auch dann, wenn die Ehegatten nicht getrennt leben, kann die Ehe i.S.d. § 1565 I gescheitert sein, KG FamRZ 78, 594; ähnlich AG Charlottenburg, FamRZ 78, 117 = FamRZ 78, 186; Bergerfurth, Eherecht, S.205: Scheidungsverbot;Rolland, § 1565, RdNr.26: qualifizierte Sperrfrist.

(60) Pal.-Diederichsen zu § 1565, Anm. 4; dies aber ist im Sinne des Zerrüttungsprinzips einfach falsch gedacht, denn erstens kann es kein Recht auf Scheidung mehr geben, und das Fehlverhalten soll eben keine Rolle spielen, außerdem genügt die einseitige Zerrüttung; so aber auch Diederichsen, NJW 77, 276; ähnlich wohl Vogel, FamRZ 76, 483; OLG Koblenz, FamRZ 78, 33; Hillermeier, FamRZ 76, 578; Roth-Stielow, FamRZ 77, 766; so ganz entschieden Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch vor §§ 1564 ff., Rz 2, 9, 12 u. § 1565, Rz 17

(61) vgl. OLG Stuttgart, FamRZ 77, 646 und 807; OLG Köln, FamRZ 77, 717 (wegen Art.6) und NJW 78, 646; OLG München, FamRZ 77, 810 und 78, 29; OLG Karlsruhe, NJW 78, 53; OLG München, NJW 78, 49; OLG Düsseldorf, FamRZ 78, 27; aber: OLG Koblenz, FamRZ 78, 33: § 1565 II braucht die Ehe nicht zusätzlich zu schützen, das tue schon Abs.1 in ausreichendem Maß; aber wieder Brüggemann, FamRZ 78, 93 (wegen Art.6); AG Lörrach, FamRZ 78, 116; ähnlich AG Berlin-Charlottenburg, FamRZ 78, 117 und OLG Stuttgart, FamRZ 78, 690; Schwab, FamRZ 79, 18, die Seriosität des Scheidungswillens müsse sich so objektivieren; Rolland, § 1565 RdNr.2, 34

(62) OLG Frankfurt, NJW 78, 276; Görgens, FamRZ 78, 648; Entschließungen der Arbeitskreise des 1.Dt.Familiengerichtstages, FamRZ 78, 845

(63) OLG München, NJW 78, 49 = FamRZ 78, 29 und FamRZ 77, 810; OLG Köln, FamRZ 77, 717; OLG Stuttgart, FamRZ 77, 646; Rolland, § 1565 RdNr.33; Kissel, Ehe und Ehescheidung I,197[illegible], S.91; OLG Frankfurt, NJW 78, 169 und 78, 276 und 78, 892 = FamRZ 78, 338; OLG Hamm, NJW 78, 168; OLG Düsseldorf, FamRZ 78, 28; OLG München, FamRZ 78, 29; OLG Frankfurt, FamRZ 78, 115; AG Lörrach, FamRZ 78, 116; OLG Zweibrücken, FamRZ 78, 896; es tauchen in den Argumentationen oft versteckte Verschuldensaspekte auf, in der Tendenz: wenn es nur ein Anhalt-

das eheliche Zusammenleben[64] unzumutbar sein muß, darüber hinaus, ob die Unzumutbarkeit sich auf die Zeit bis zum Ablauf eines Trennungsjahres[65] beziehen oder nur grundsätzlich gegeben sein muß[66].

Probleme ergeben sich auch bei der Auslegung, wie schwerwiegend die Gründe sein müssen, die zu der Unzumutbarkeit führen[67], wobei aber allgemein davon ausgegangen wird, daß schwere Eheverfehlungen i.S. der bisherigen §§ 42, 43 EheG nicht generell zur Annahme einer unzumutbaren Härte führen[68].

Umstritten ist die Sachlage ebenfalls, wenn beide Ehegatten die Scheidung über § 1565, aber ohne vorherige 1jährige Trennung, beantragen. Fraglich ist hier, ob § 1565 II überhaupt zu berück-

---

teuer' ist, kann die Aufrechterhaltung des Ehebandes zumutbar sein, dabei ist es im Grunde ohnehin abwegig, über das Eheband zu diskutieren - dieses aufrechtzuerhalten, ist völlig sinnlos.

(64) OLG Schleswig, FamRZ 77, 805 und 78, 416 = 78, 778; OLG Bremen, FamRZ 77, 807; OLG Schleswig, NJW 78, 51 mit guter Begründung; Schwab, NJW 76, 504 und ders. (Fn 55), RdNr. 142 ff.; ders., FamRZ 79, 19; Entschließungen der Arbeitskreise des 1.Dt.Familiengerichtstages, FamRZ 78, 845; Pal.-Diederichsen zu § 1565, Anm. 4; OLG Stuttgart, NJW 78, 276 und FamRZ 78, 897; Parche, NJW 79, 140 sieht zwischen beiden Ansichten im Ergebnis keinen Unterschied.

(65) so Diederichsen, NJW 77, 276; OLG München, NJW 78, 50; Kissel (Fn 63), S.90; OLG Köln, FamRZ 77, 717; OLG Frankfurt, FamRZ 78, 115; AG Lörrach, FamRZ 78, 116; OLG Frankfurt, NJW 78, 892 = FamRZ 78, 338; Pal.-Diederichsen zu § 1565, Anm. 4

(66) so Rolland, § 1565, RdNr. 34; Schwab, NJW 76, 504; AG Bln-Charlottenburg, FamRZ 78, 117 = FamRZ 78, 186; nach Ansicht der Entschl.der Arbeitskreise des 1.Dt.Familiengerichtstages, FamRZ 78, 845 spielt das überhaupt keine Rolle.

(67) es müssen zwar gravierende Verhaltensweisen sein, so Ambrock § 1565 III, aber doch sind keine z u strengen Anforderungen hieran zu stellen: OLG Stuttgart, FamRZ 77, 647 und 77, 807; Rolland, § 1565, RdNr. 36; Schwab, FamRZ 76, 491, 504; OLG München, FamRZ 77, 810; strenge Anforderungen will hier stellen: OLG München, NJW 78, 49; OLG Frankfurt, NJW 78, 276; OLG Köln, NJW 78, 645, 646; OLG Düsseldorf, FamRZ 78, 26; OLG München, FamRZ 78, 29; OLG Frankfurt, FamRZ 78, 338 = NJW 78, 892; nach Schwab, FamRZ 79, 21 muß der Antragsgegner grob gegen die allg.Mindestregeln mitmenschlichen Umganges oder gegen die Gebote der familiären Solidarität verstoßen haben; OLG Hamm, FamRZ 79, 37 argumentiert relativ großzügig.

(68) OLG Frankfurt, NJW 78, 276 und 169 u. FamRZ 78, 114; OLG Düsseldorf, FamRZ 77, 804; OLG Saarbrücken, FamRZ 78, 114; a.A. AG Bln-Charlottenburg, FamRZ 78, 117; aber wieder OLG Frankfurt, FamRZ 78, 191; Einzelbeispiele bei OLG Celle,

sichtigen ist, also entsprechende Gründe beim jeweils anderen vorliegen müssen(69) oder nicht(70).

Dabei wird man in Wirklichkeit sagen müssen: "Der Sinn des § 1565 II erschöpft sich mithin darin, daß scheidungswillige Ehegatten entweder durch einjähriges Getrenntleben oder den Nachweis solcher in der Person des anderen Ehegatten liegenden Umstände, die ihm die Fortsetzung der Ehe unzumutbar machen, gleichsam die 'Seriosität' ihres Scheidungsbegehrens sichtbar machen"(71), und es sind keine zu strengen Anforderungen an § 1565 II zu stellen, da dieser sonst effektiv eine Scheidungssperre darstellt(72).

Zuletzt ist auch noch die Vorgehensweise bei der Prüfung strittig(73), und ohne irgendwelche Kritik vorwegnehmen zu wollen, scheint diese Norm bei so vielen Unklarheiten doch nicht ganz gelungen.

FamRZ 77, 718; OLG Düsseldorf, FamRZ 77, 810; OLG München, FamRZ 78, 113; AG Lörrach, FamRZ 78, 116; OLG Saarbrücken, FamRZ 78, 415; OLG Stuttgart, FamRZ 78, 778 und NJW 79,662; nach Rolland § 1565 RdNr. 36 bietet sich aber eine Anknüpfung daran an, so auch Ambrock § 1565 III

(69) OLG Karlsruhe, NJW 78, 43; OLG Hamm, NJW 78, 168 = FamRZ 78, 28; OLG Frankfurt, NJW 78, 276; vgl. auch bei Heinz/Stillner, NJW 78, 430; OLG Stuttgart, NJW 78, 546; OLG Köln,NJW 78, 645 und FamRZ 77, 717; OLG Düsseldorf, FamRZ 78, 27;OLG Frankfurt, FamRZ 78,115; KG, FamRZ 78, 34; ganz ausdrücklich Brüggemann, FamRZ 78, 96; ders., FamRZ 77, 582; Entschließungen der Arbeitskreise des 1.Dt.Familiengerichtstages, FamRZ 78, 845, aber sie sehen die Gefahr, daß die Parteien schwindeln. Insgesamt überzeugen die Begründungen nicht, und diese Ansicht führt letztendlich zu paradoxen Ergebnissen (z.B. daß nach dem Vortrag des einen Gatten die Ehe geschieden werden müßte,nach dem des anderen nicht); vgl. noch OLG Stuttgart, FamRZ 77, 646; KG FamRZ 77, 810; auch Giesen/Gick, JR 79, 6: die Funktion sei Übereilungsschutz, der auch bei einverständlichen Scheidungsbegehren gesichert sein müsse; fürs Armenrecht sogar: OLG Düsseldorf, FamRZ 79, 37

(70) Pal.-Diederichsen 37.Aufl., zu § 1565, Anm. 4 hat die Gegenmeinung aufgegeben. ansonsten vgl. Schröder, FamRZ 77, 767; OLG Koblenz, FamRZ 78, 33 begründet: Parteien, die zur Scheidung entschlossen sind,können unschwer einen Härtefall fingieren, und Schutz braucht ihnen auch nicht aufgedrängt zu werden. OLG Karlsruhe, FamRZ 78, 416 = FamRZ 78, 590; nach OLG Stuttgart, NJW 79, 167 genügt in diesem Fall das Vorliegen der Voraussetzungen bei einem Ehegatten.

(71) OLG Schleswig, NJW 78, 51; Schwab, FamRZ 76, 504; ähnlich im Endergebnis wohl OLG Stuttgart, NJW 78, 276; ähnlich Damrau, NJW 77, 1623

(72) OLG Schleswig, NJW 78, 53; OLG Stuttgart, FamRZ 77, 646 und NJW 78, 275; dagegen bei OLG Frankfurt, NJW 78,892 = FamRZ

bc) In § 1566 ist eine Art Fristenscheidung geregelt, je nachdem, ob die Eheleute die Scheidung übereinstimmend betreiben, oder nur einer von beiden dies will. Im ersteren Fall wird vermutet, daß die Ehe bereits nach einem Jahr, im zweiten, daß sie nach 3 Jahren gescheitert ist. Die Vermutungen sind unwiderleglich (formalisierte Zerrüttungsprüfung)(74).
Die Einhaltung der Trennungsfristen aber ist vom Gericht genau zu untersuchen(75). Lassen sich die in Frage kommenden Daten nicht feststellen, bleibt nur Scheidung nach § 1565 I 1(76).
Bei der einverständlichen Scheidung nach 1 Jahr Getrenntleben - und nur bei dieser - erfolgt eine Scheidungserschwerung dadurch, daß auch besstimmte Familienfolgesachen mitgeregelt werden, zum Teil schon im Scheidungsantrag enthalten sein müssen. Hier besteht also ein Einigungszwang, der zwingendes Recht ist(77). Deshalb wird es auch zu einverständlichen Scheidungen über § 1565 I kommen, wenn die Ehegatten nicht alle Folgen regeln wollen oder können(78).

78, 338 s o strenge Anforderungen, daß man sich fragen muß, was muß eigentlich noch erst alles passieren? Aber wieder eher in demSinne, das Waschen der schmutzigen Wäsche möglichst zu vermeiden: die Entschl.der Arbeitskreise des 1. Dt.Familiengerichtstages, FamRZ 78, 845

(73) Nach OLG Oldenburg, NJW 78, 1266 = FamRZ 78, 188 erfolgen die Prüfung des Scheiterns gem. § 1565 I 2 und der unzumutbaren Härte in § 1565 II in einem Vorgang; nacheinander prüft OLG Koblenz, FamRZ 78, 32 (könnte wiederum zu den abwegigen Ergebnis führen: Ehe gescheitert, Aufrechterhalten zumutbar - das wäre systemwidrig). Brüggemann, FamRZ 78, 95 will die unzumutbare Härte in das Scheitern und dessen Prüfung miteinbeziehen. Görgens, FamRZ 78, 650 sieht die Zusammenhänge nicht klar. Schwab, FamRZ 79, 19 schließt sich Brüggemann an. OLG Stuttgart, NJW 79, 167 sieht in § 1565 II eine Sonderform des Scheiterns; nach Ansicht von Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch § 1565 Rz 8 muß hier ja auch geprüft werden, ob der Antragsteller ein Scheidungsrecht hat.

(74) Die gesetzl.Vermutung entlastet den Richter davon, von Amts wegen alle Tatsachen u.Umstände zu erforschen, die für oder gegen die unheilbare Zerrüttung der Ehe sprechen, zur Rechtsnatur dieser Vermutungen ausführlich Habscheid, Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, in: FS Bosch, S.365

(75) Es wird sogar betont, die Unwiderlegbarkeit der Vermutungen solle nicht in einer bloßen "Fristenscheidung" enden. Das Gericht habe deshalb in jedem Verfahren die Eheleute persönlich zu hören, vgl. Böhmer StAZ 76, 239. Auf diese Weise versuchen eindeutig die Gegner des Zerrüttungsprinzips, ihre Maximen wieder durchzusetzen. Es ist vielmehr mit MünchKomm-Wolf § 1566 RdNr.33 strikt zu betontn: Jede Untersuchungces Zustandes der Ehe, die über die Feststellung hinausgeht, daß die Ehegatten getrennt leben, ist unzulässig!

Was die einseitige Scheidung gem. § 1566 II anlangt, so wird zum Teil vorausgesetzt die dreijährige Trennungsfrist und "über die reine Vermutung hinaus", daß die Ehe gescheitert ist(79). Abgesehen davon, daß sie nach 3 Jahren sicherlich gescheitert ist, ist diese Voraussetzung nicht nur überflüssig, sondern auch abwegig, denn danach wäre ja die ganze Vermutung unnötig(80).

bd) § 1567 enthält eine gesetzliche Bestimmung des "Getrenntlebens", das dann gegeben ist, wenn keine häusliche Gemeinschaft besteht, wobei Trennungsabsicht vorliegen muß. Für die Trennung ist also das objektive Merkmal (Aufhebung der Gemeinschaft) wie das subjektive (Wille) erforderlich(81). Ein Ehegatte darf die häusliche Gemeinschaft erkennbar nicht herstellen wollen, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt(82).
Problematisch ist die Auslegung von § 1567 I 2: wenn die Trennung innerhalb der ehelichen Wohnung vollzogen wird, wird es unterschiedlich bewertet, wann dieses Getrenntleben anerkannt wird(83). Zwar besteht bei mehreren Trennungen, auf die erneu-

---

(76) Pal.-Diederichsen zu § 1566, Anm. 1; OLG Frankfurt, FamRZ 77, 801; vgl. hierzu Kempken, DRiZ 78,52

(77) Pal.-Diederichsen zu § 1566, Anm. 2; vgl. zur einverständlichen Scheidung mit interessanten Daten Lüke, (Fn 3), S. 640; zur Entscheidungskonzentration und zum gesamten neuen Verfahren vgl. Sedemund-Treiber, DRiZ 76, 331 und Bergerfurth, FamRZ 76, 581, auch Blomeyer,ZRP 74, 118 ff.; Das Einverständnis gem. § 1566 I kann im übrigen auch konkludent geäußert werden, AG Mosbach, FamRZ 77, 810, 812, aber Schweigen genügt wohl nicht, vgl. schon die Vorschläge der ERK; strenge Voraussetzungen an das Einvernehmen bei OLG Stuttgart, NJW 79, 662

(78) MünchKomm-Wolf § 1565 RdNr.57; Kempken, DRiZ 78, 52

(79) OLG Köln, FamRZ 77, 792 ,vgl. auch NJW 78, 1009, schärfstens kritisiert von Lüke, NJW 78, 139; dieser sieht Verstoß gegen Art.20 III, weil so getan werde, als existiere § 1566 II gar nicht. Deubner, NJW 78, 2585 schließt sich Lüke an.

(80) "Das Scheitern folgt aus der Vermutung", MünchKomm-Wolf § 1565 RdNr.58

(81) MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr.136 ; und alle 3 TB-Elemente müssen vorliegen, MünchKomm-Wolf § 1567 RdNr.15. Eine Prognose, ob der Ehegatte die eheliche Lebensgemeinschaft auch in Zukunft ablehnen wird, ist nicht verlangt, MünchKomm-Wolf § 1567 RdNr.52

(82) vgl. hierzu KG, FamRZ 78, 342

(83) Schwab, FamRZ 76, 501; vgl. auch RGZ 163,277; 167,301(305); BGH, FamRZ 69, 80; Lüke,(Fn 3), S.641; Nach einer Ansicht kommt es darauf an, daß die Ehegatten die Tätigkeiten eingestellt haben, die Ausdruck eines gemeinsamen Haushalts sind, MünchKomm-Wolf § 1567 RdNr.29; ähnlich BGH NJW 78, 1810:

tes Zusammenleben folgt, Kumulierungsverbot, aber ein Zusammenleben über kürzere Zeit soll die Trennungsfristen nicht unterbrechen, um den Eheleuten Versöhnungsversuche zu erleichtern.

be) § 1568 gibt auf Grund von zwei Härteklauseln die Möglichkeit, die Scheidung abzuwenden, obwohl die Ehe gescheitert ist. Möglich ist dies im Interesse minderjähriger Kinder, die aus der Ehe hervorgegangen sind, und wenn die Scheidung für den anderen Ehegatten eine untragbare Härte darstellen würde. Das Scheidungsinteresse des Antragstellers hat aber wieder Vorrang, wenn die Ehegatten länger als 5 Jahre getrennt leben.
Von Amts wegen wird nur das Kindesinteresse berücksichtigt(84).
Es muß sich wirklich um extreme Härten handeln(85), also die Aufrechterhaltung der Ehe muß aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig (wegen der Kinder) oder geboten (wegen des anderen Gatten) sein. Abzuwägen ist die abstrakte freie Persönlichkeitsentfaltung des aus der Familie hinausstrebenden Ehegatten gegen die konkret voraussehbaren Schäden und Nachteile die die Trennung hervorrufen würde.
Der Zweck der Härteklausel mit ihrem Verzögerungscharakter kann nur sein, dem anderen Ehegatten Zeit zu geben, sich auf die neue Situation einzustellen(86), sie ist keine Rechtsmißbrauchsklau-

---

kein gemeinsamer Haushalt und zwischen den Ehegatten keine persönlichen Beziehungen mehr = BGH, FamRZ 78, 671; Weniger streng OLG Köln, NJW 78, 2556, das Gemeinsamkeiten in Teilbereichen zuläßt, wenn sie bloße Äußerlichkeiten sind. Dagegen verlangte OLG Köln, FamRZ 78, 34 noch Trennung in allen Lebensbereichen, so auch Ambrock, FamRZ 78, 316 und OLG Frankfurt, NJW 78, 892 = FamRZ 78, 338, auch OLG Frankfurt, FamRZ 78, 595; Brüggemann, FamRZ 78, 92 weist auf den Übergang vom funktionalen zum personalen Ehebegriff hin, der klarstelle: Restbestände einer funktional sich darlebenden Ehe mögen noch vorhanden sein, wenn das personale Eheband endgültig zerschnitten ist, muß die Scheidung möglich sein; ähnlich OLG München, FamRZ 78, 596. Die Entschl.der Arbeitskreise des 1.Dt.Familiengerichtstages, FamRZ 78, 846 schlagen vor, den Trennungswillen stärker zu beachten. Gemeinsamkeiten der Haushaltsführung können aus wirtschaftlichen oder sozialen Gründen unvermeidbar sein oder aus Rücksicht auf die Kinder erfolgen; ausführlich Schwab, FamRZ 79,16 ff. und ders. (Fn 55), Rdn. 126 ff.

(84) a.A. Schwab, FamRZ 76, 504: Einwendung auch bei Härte für den Partner; so aber MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr.137; MünchKomm-Wolf § 1568 RdNr.91; nach Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 1568 Rz17 genügt hier schon die Gefährdung des Unterhaltsanspruchs des Kindes.

(85) Kniebes, DRiZ 76, 327; Maßstab für die Härte ist nie die Institution der Ehe oder sind nie übergeordnete Gerechtigkeitserwägungen, sondern ist allein der einzelne Ehegatte,

sel[87]. Zu berücksichtigen sind bei der Abwägung auch die Belange des Antragstellers[88].
Der Ausnahmecharakter der Scheidungsschranke rechtfertigt es nur, sie so lange anzuwenden, wie die besondere Härte vorliegt[89].

c) Scheidungsfolgenrecht

Der Unterhaltsanspruch[90] des geschiedenen Ehegatten ist nicht Scheidungsstrafe, sondern eine Nachwirkung der Ehe, also ein familienrechtlicher Unterhaltsanspruch. Er ist Scheidungsfolgesache, sodaß bei rechtzeitiger Antragstellung darüber zugleich mit der Scheidungssache zu verhandeln und zu entscheiden ist.

ca) In § 1569 ist der Grundsatz ausgesprochen, daß ein geschiedener Ehegatte dann Anspruch auf Unterhalt hat, wenn er nicht für sich selbst sorgen kann. So ist jeder Ehegatte nach der Scheidung grundsätzlich[91] gehalten, für sich selbst zu sorgen (Grundsatz der Eigenverantwortung). Wenn aber eine Bedürfnislage in Verbindung mit der Ehe steht (ehebedingte Bedürftigkeit), ist der andere Ehegatte unterhaltspflichtig (Grundsatz der Mitverantwortung). Der wirtschaftlich stärkere Ehegatte soll dem anderen so lange die Existenz auf der Höhe der ehelichen Lebensverhältnisse sichern, wie die Abhängigkeit vom anderen, die ins-

---

MünchKomm-Wolf § 1568 RdNr.4 + 26; auch wirtschaftliche Interessen können hierbei jetzt berücksichtigt werden.

(86) a.A. Ambrock, FamRZ 78, 317

(87) MünchKomm-Wolf § 1568 RdNr.23; dennoch wird laut Ambrock, FamRZ 78, 318 die bewußte und planmäßige Zerstörung der Ehe durch einen Ehegatten als Widerspruchsgrund angesehen (!!)

(88) Pal.-Diederichsen zu § 1568, Anm. 3 b; Schwab, FamRZ 76,505

(89) Pal.-Diederichsen zu § 1568, Anm. 3 c; Beispiele bei Schwab, FamRZ 76, 505 f. und bei MünchKomm-Wolf § 1568 RdNr.57 ff.; in der Rspr. werden zum Teil sehr strenge Anforderungen an die Härte gestellt, OLG Schleswig, NJW 78, 54; OLG Koblenz, NJW 78,55; OLG Düsseldorf, FamRZ 78,36; OLG Celle, FamRZ 78, 509; kritisch zu letzterem wegen zu hoher Anforderungen an die Voraussetzungen: Ambrock, Urteilsanmerkung, FamRZ 78, 898

(90) zum Begriff des Unterhalts vgl. MünchKomm-Richter § 1569, RdNr.4

(91) vgl. aber KG, FamRZ 78, 692, das die totale Verpflichtung zur Selbstunterhaltung nur akzeptiert nach Scheidung einer Doppelverdienerehe, eines jungen und kinderlosen Ehepaares oder nach verhältnismäßig kurzer Ehedauer.

besondere durch die gemeinsam getroffene Aufgabenverteilung in der Ehe entstanden ist, fortdauert(92). Dies ergibt sich im einzelnen erst aus den §§ 1570 ff.
Statt an die Schuld wird angeknüpft an die Bedürftigkeit, die meist identisch ist mit der Unfähigkeit, eine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden(93).

cb) Gem. § 1570 gebührt dem Ehegatten Unterhalt, wenn er nicht erwerbstätig sein und damit nicht für sich selbst sorgen kann, weil er ein gemeinschaftliches Kind der geschiedenen Eheleute erzieht oder pflegt. Durch nachfolgende Ehe legitimierte sowie adoptierte Kinder stehen gleich, nicht dagegen vor- und außereheliche Kinder nur eines Ehegatten sowie Stiefkinder(94).
Pflege und Erziehung müssen einerseits erforderlich sein, andererseits die Erwerbstätigkeit tatsächlich unmöglich machen, was vom Berechtigten zu beweisen ist. Grundsätzlich besteht ein Recht, die eigenen Kinder selbst zu betreuen(95), aber soweit der unterhaltsberechtigte Ehegatte trotz der Voraussetzungen einer Erwerbstätigkeit nachgeht, muß er sich daran festhalten lassen.
Die Familiengestaltung während der Ehedauer kann schon einen Maßstab für Vereinbarkeit von beruflicher Tätigkeit und Kindesbetreuung abgeben(96).
Dieser Anspruch ist besonders nachhaltig gesichert, z.B. über §§ 1579, 1577 IV S.2, 1582, 1586 a I(97).

---

(92) Ein Unterhaltsanspr. besteht grds. nur, wenn die Bedürfnislage eine Folge der Aufgabenteilung der Ehe, wenn sie ehebedingt ist, MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr. 138; zur Ehebedingtheit auch MünchKomm-Richter § 1569 RdNr.1; nach Bastian Roth-Stielow/Schmeiduch vor § 1569 Rz 9 ist der Grundsatz der fortwirkenden Verantwortung entscheidend.

(93) vgl. Schumacher, MDR 76, 881; auch bei der Verteilung des Hausrates und der Zuteilung der Ehewohnung werden die Ursachen der Eheauflösung nicht mehr berücksichtigt (Art.11 Nr.3 c des 1.EheRG). Es wird im nachehelichen Unterhaltsrecht die Haushaltsführungsehe objektiver geschützt als früher, denn unterhaltsberechtigt kann ggf. der haushaltsführende Ehegatte auch sein, wenn auf ihn die Ehezerrüttung zurückgeht.

(94) Pal.-Diederichsen zu § 1570, Anm. 2 a; Dieckmann, FamRZ 77,93

(95) vgl. BSG 26, 293; zur Abgrenzung nach Eigeninteressen und objektiven Kriterien MünchKomm-Richter § 1570 RdNr.9 ff.

(96) vgl. Derleder/Derleder, FamRZ 77, 590 f.; OLG Stuttgart, FamRZ 76, 693 erwartet keine Erwerbstätigkeit von einem Elternteil, der zwei Kinder im Alter von 6 und 11 Jahren betreut. So das OLG Oldenburg schon bei einem Kind, das sich

cc) Nach § 1571 hängt der Unterhaltsanspruch wegen Alters von dreierlei ab: wegen Alters in einem bestimmten Zeitpunkt kann deswegen eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden(98), wobei ein bestimmtes Alter, unterhalb dessen ein Unterhaltsanspruch ausgeschlossen wäre, nicht festgesetzt wird.
Einsatzzeitpunkt ist in Ziff.1 der Zeitpunkt, in dem die Entscheidung über den Scheidungsantrag rechtskräftig wird(99), in Ziff.2 die Beendigung der Erziehungspflichten, in Ziff.3 das Ende einer anspruchsbegründenden Krankheit und der Zeitpunkt, wo endlich eine angemessene Erwerbstätigkeit gefunden wurde, der Berechtigte aber inzwischen zu alt ist.
Insbesondere ist eine Erwerbstätigkeit nicht mehr zu erwarten, wenn die berufsspezifische Altersgrenze erreicht ist.

cd) Die Anwendung des § 1572 setzt voraus: das Vorliegen einer Krankheit oder gleichgestellter Leiden zu einem bestimmten Zeitpunkt, derentwegen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.
Hier wird ein nur zeitlicher Zusammenhang zur Ehe hergestellt, aus dem Gedanken heraus, daß die Ehegatten bis zur Scheidung ihr gemeinsames Schicksal auch so weit teilen, daß der leistungsfähige für den kranken Ehegatten einstehen muß. Der Anspruch ist schon dann gegeben, wenn der geschiedene Ehegatte eine angemessene Tätigkeit nicht ausüben kann, völlige Erwerbsunfähigkeit wird also nicht vorausgesetzt(100).

ce) § 1573 gewährt dem geschiedenen Ehegatten einen Unterhaltsanspruch, der keine angemessene Erwerbstätigkeit finden kann. Hier ist z.B. denkbar, daß der geschiedene Ehegatte nach der Scheidung trotz entsprechender Bemühungen keine angemessene Tätigkeit findet, etwa auch, weil er die nicht angemessene Tätig-

---

im 1. Schuljahr befindet, FamRZ 78, 899 = FamRZ 79, 38; nach AG Mainz, NJW 78, 707 ist eine Halbtagstätigkeit bei Versorgung eines einzigen schulpflichtigen Kindes ohne weitere Verpflichtungen einer alleinstehenden Mutter zuzumuten.

(97) vgl. zu den Privilegierungen im einzelnen MünchKomm-Richter § 1570 RdNr.15 ff. Derleder/Derleder, FamRZ 77, 591 sehen den zur Kinderbetreuung motivierten Ehegatten zwar schon als geschützt und gesichert an, halten aber doch die Berufstätigkeit für favorisiert.

(98) Pal.-Diederichsen zu § 1571, Anm.1; vgl. zur vermutlich geringen Bedeutung MünchKomm-Richter § 1571 RdNr. 6 + 7; ein außergewöhnliches Beispiel für diesen Anspruch bei OLG Düsseldorf, FamRZ 78, 342; zur Altersgrenze ausführlich Ambrock, § 1571 II

keit, die er bei der Scheidung ausübte, mit Rücksicht auf § 1574 aufgab. Auch, wenn eine nicht angemessene Tätigkeit beibehalten oder aufgenommen wird, besteht der volle Unterhaltsanspruch aus § 1573[101], solange eine angemessene Tätigkeit nicht zu finden ist.

Wird aus einer angemessenen Tätigkeit kein i.S.v. § 1578 angemessenes Einkommen erzielt, oder reduziert es sich später, so schuldet der leistungsfähige andere Ehegatte den Unterschiedsbetrag. Der Anspruch kann auch im Anschluß an einen solchen aus §§ 1570 - 1572, 1575 gegeben sein, oder wenn eine angemessene Erwerbstätigkeit ausgeübt worden war, die sich als nicht dauerhaft herausstellte[102].

Der Unterhaltsberechtigte muß sich um eine Erwerbstätigkeit bemühen und dies auch im einzelnen vortragen[103].

Falls der unterhaltsberechtigte Ehegatte eine zunächst gefundene angemessene Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise wieder verliert, so richtet sich die Beurteilung dessen, ob dadurch ein Unterhaltsanspruch gegen den leistungsfähigen Ehegatten entsteht, danach, ob es dem geschiedenen Ehegatten gelungen war, seinen Unterhalt durch die Erwerbstätigkeit nach der Scheidung nachhaltig zu sichern, Abs.4. Nachhaltig war die Sicherung nur, wenn der geschiedene Ehegatte eine Dauerbeschäftigung hatte. Dies ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu beurteilen[104].

---

(99) Pal.-Diederichsen zu § 1571, Anm. 3 a; Schumacher, MDR 76, 881 f.

(100) Pal.-Diederichsen zu § 1572, Anm. 4; Dieckmann, FamRZ 77,95

(101) aber u.U. Anrechnung gem. § 1577 II 2

(102) Der Anspruch ist subsidiär gegenüber solchen aus §§ 1570-1572; vgl. zum Ganzen z.B. Dieckmann, FamRZ 77, 86 f.

(103) Kniebes,, DRiZ 76, 328; Pal.-Diederichsen zu § 1573, Anm.3 sieht die Gefahr, daß es zu einem sozialen Problem werden könnte, daß geschiedene Ehegatten zu billig verfügbaren Arbeitskräften werden, weil der andere Ehegatte aus seinem Einkommen die Unterschiedsbeträge zu einem angemessenen Unterhalt aus eigener Tasche nachstrecken muß.

(104) Im übrigen sind grundsätzlich die maßgeblichen Arbeitsmarktverhältnisse von den persönlichen Umständen sorgfältig zu trennen; Derleder/Derleder, FamRZ 77, 593; vgl. auch Dieckmann, FamRZ 77, 90

(105) Die Bestimmung ist bloße Hilfs- und Erläuterungsvorschrift für die vorhergehenden Vorschriften und dafür, was dort jeweils erwartet werden kann; zu den hier auftretenden Schwierigkeiten vgl. v. Westphalen, DRiZ 78, 236 f.

cf) § 1574 stellt klar, daß nicht jede, sondern nur eine angemessene Erwerbstätigkeit aufgenommen werden muß(105).
Die von dem geschiedenen Ehegatten zu übernehmende Erwerbstätigkeit muß neben seiner Ausbildung, seinen Fähigkeiten, dem Lebensalter und dem Gesundheitszustand schließlich auch den ehelichen Lebensverhältnissen entsprechen. So wird ehebedingten Statusänderungen im Unterhaltsrecht Rechnung getragen(106), wobei die Zeit der nachehelichen Kinderbetreuung der Ehedauer gleichgestellt wird.
Dem unterhaltsberechtigten Ehegatten obliegt es im Rahmen seiner Bemühungen um die Erlangung einer angemessenen Beschäftigung gegebenenfalls auch, sich ausbilden, fortbilden oder umschulen zu lassen, soweit dies zur Aufnahme einer angemessenen Erwerbstätigkeit erforderlich ist. Die Kosten der (Zusatz-)Ausbildung hat der andere Ehegatte zu übernehmen.
Das Risiko, daß nach Vollzug der Ausbildung eine Anstellung in dem neuen oder besser qualifizierten Beruf auch tatsächlich gefunden wird, trägt der unterhaltsverpflichtete Gatte n i c h t. Hinsichtlich der Erwartung eines erfolgreichen Abschlusses sind zwar sowohl geistige und körperliche Fähigkeiten als auch sämtliche äußeren Umstände zu berücksichtigen(107), nicht aber die vorhandene oder fehlende Bereitschaft zur Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung.

cg) § 1575 behandelt im Gegensatz zu der Obliegenheit des § 1574 den Anspruch auf Ausbildung(108). Der Unterhaltsanspruch zur Fortsetzung der Ausbildung wird demjenigen Ehegatten gewährt, der im Zusammenhang mit der Ehe eine Ausbildung nicht aufgenommen oder abgebrochen hat; ferner wenn er sich fortbilden oder umschulen lassen will, um die durch die Ehe eingetretenen Nach-

---

(106) Es werden damit Frauen bevorzugt, deren Ehemänner einen außerordentlichen beruflichen Aufstieg erreicht haben. Wollte man sie aber nach der Scheidung auf eine Tätigkeit verweisen, die allein ihrer Ausbildung oder ihren Fähigkeiten entspräche, würde ihre Leistung für die Verbesserung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht berücksichtigt. Der Lebenszuschnitt der Ehe ist von beiden erarbeitet,vgl. Pal.- Diederichsen zu § 1574, Anm. 2 e; Kniebes, DRiZ 76, 328; daß aber nach MünchKomm-Richter § 1574 RdNr.10 für die ehelichen Lebensverhältnisse auch spätere Einkommensverbesserungen oder -verschlechterungen berücksichtigt werden sollen, sofern sie mit Sicherheit vorauszusehen sind, erscheint zu weitgehend.

(107) sonst entfiele der Obliegenheitscharakter

(108) Insoweit übrigens Mißverständnis bei MünchKomm-Richter §

teile auszugleichen[109], also nachzuholen, was wegen der Haushaltstätigkeit hinsichtlich des beruflichen Aufstiegs versäumt wurde.
Grundsätzlich wird es sich um dieselbe Ausbildung oder auch eine entsprechende handeln, wie die, die nicht begonnen oder abgebrochen worden war[110] - und zwar Entsprechung hinsichtlich des sozialen Status.
Die Ausbildung muß zu einem Beruf führen, der zu einer nachhaltigen Unterhaltssicherung führt[111], und ein erfolgreicher Abschluß der Ausbildung muß erwartet werden können.
Abs.3 betrifft die Rückstufung bei Arbeitslosigkeit. Der verpflichtete Ehegatte soll nicht mit dem Risiko belastet werden, ob der Unterhaltsberechtigte die Berufsstellung erlangt, zu der er sich hat ausbilden lassen.

ch) § 1576 ist eine positive Billigkeitsklausel, die ausschließen soll, daß es durch das Enumerationsprinzip der §§ 1570 - 1575 zu Ungerechtigkeiten kommt[112]. Satz 2 verdeutlicht, daß die Gründe, die zum Scheitern der Ehe geführt haben, nicht allein deswegen berücksichtigt werden dürfen; Scheidungsverschulden soll also nicht beachtlich sein, Fehlverhalten im menschlichen Bereich nicht zu wirtschaftlichen Sanktionen führen. Die Versagung des Unterhaltsanspruchs muß unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig sein. Es muß sich um Ausnahmefälle handeln, denn es soll nicht etwa allgemein immer derjenige Ehegatte dem anderen Unterhalt schulden, der ihn leich-

---

1570 RdNr 13, der quasi von einer Obliegenheit spricht, sich gem. § 1575 weiterbilden zu lassen; der Anspruch kann wegen § 1578 II in sonstigen Unterhaltsansprüchen mitenthalten sein, aber auch gem. § 1575 originär entstehen.

(109) Die Bestimmung ist bewußt den durch BAföG und AFG geschaffenen staatl.Ausbildungsförderungsleistungen an die Seite gestellt und bietet gegenüber der öffentl.-rechtl.Förderung einen doppelten Vorteil: der zu gewährende Unterhalt ist an den ehel.Lebensverhältnissen zu bemessen und damit invielen Fällen höher als die pauschalierten Leistungen nach den öffentl.-rechtl.Vorschriften; zum anderen gelten keine Altersgrenzen, vgl.Pal.-Diederichsen zu § 1575,Anm.1

(110) Daß der Abbruch der Schul-oder Berufsausbildung im Hinblick auf die Ehe erfolgte, ist nur zu bejahen, wenn ein erfolgreicher Abschluß zu erwarten war.Bei einem Abbruch vor der Eheschließung muß die zumindest auch gegebene Heiratsbedingtheit nachgewiesen werden, bei Abbruch während der Ehe entfällt ein solcher Nachweis.

(111) Pal.-Diederichsen zu § 1575, Anm. 2 a ee; vgl. hierzu ausführlich Kniebes, DRiZ 76, 328;Dieckmann, FamRZ 77,91

ter aufbringen kann[113]. Auch soll nicht jede schicksalsbedingte Bedürftigkeit erheblich sein.
Auch dieser Unterhaltsanspruch kommt nur in Frage, soweit und solange die Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

ci) § 1577 regelt die Bedürftigkeit und bestimmt den Grad eventueller Kürzung des Anspruchs wegen Vorhandenseins eigener Mittel.
Grundsätzlich sind Einkünfte, die der unterhaltsberechtigte Ehegatte hat, ebenso wie sein Vermögen auf den Unterhaltsanspruch gegen den anderen Ehegatten anzurechnen, also mindert sich dessen Verpflichtung um den Betrag, den der Berechtigte aus seinen eigenen Einkünften und seinem Vermögen zur Verfügung hat. Vorhandenes Vermögen muß nur dann nicht verwertet werden, wenn dies unwirtschaftlich oder unbillig wäre. Bot das Vermögen nach einer Prognose für den Zeitpunkt der Scheidung dem Unterhaltsberechtigten eine nachhaltige Unterhaltssicherung und erwies sich dies als trügerisch, so entsteht kein Unterhaltsanspruch. Soweit der Verpflichtete nicht den vollen Unterhalt leistet (§ 1578), sind Einkünfte nicht anzurechnen, ansonsten Anrechnung unter Billigkeitsgesichtspunkten. Regelmäßig wird aber eigene Arbeit des Unterhaltsberechtigten eine Kürzung begründen.

cj) Gem. § 1578 bestimmt sich das Maß des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Ein objektiver Maßstab soll der Beurteilung zugrundeliegen, der das Gesamtbild der ehelichen Lebensverhältnisse berücksichtigt[114].
Der Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf[115].

---

(112) Beispiele bei Kniebes, DRiZ 76, 329

(113) Pal.-Diederichsen zu § 1576, Anm. 2 b; vgl. auch Dieckmann, FamRZ 77, 81, 97 und MünchKomm-Richter § 1576 RdNr.1, der sich für eine enge Auslegung der Vorschrift ausspricht. Es waren laut Richter ebenda RdNr.4 für die Einführung des § 1576 vor allem die Fälle der Anlaß, in denen ein Ehegatte ein eigenes, nicht gemeinschaftliches Kind mit Zustimmung des anderen Ehegatten im gemeinsamen Haushalt pflegte oder erzog. M.E. läuft diese Auslegung aber gerade der Motivation des Gesetzgebers entgegen (allerdings entfallen ja die Privilegierungen des § 1570); vgl. aber auch Rolland §1576, RdNr.8 ff.; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch betonen, § 1576 Rz 5, daß die Ursachen der Zerrüttung geprüft werden müssen

(114) vgl. Pal.-Diederichsen zu § 1578, Anm.2; Dieckmann, FamRZ 77, 83; zur Berechnung vgl.OLG Stuttgart, FamRZ 78, 693; die Leitlinien zum Unterhaltsrecht der Familiensenate des OLG Hamm, FamRZ 78, 849; insbes. auch die "Düsseldorfer Tabelle", NJW 77, 289 (Stand 1.1.77) und FamRZ 78, 854 (Stand 1.1.79) sowie die "Berliner Tabelle", NJW 77, 289

ck) Da der Schutz des Bedürftigen nicht zur Bestrafung des Pflichtigen ausarten soll[116], schließt § 1579 den Unterhaltsanspruch in vier Fällen aus oder mindert ihn. Der Anspruch aus § 1570 aber wird dadurch nicht gefährdet, § 1579 II[117].
Für Ziff.1 ist entscheidend die Dauer der Ehe, nicht die Zeit des Zusammenlebens, wobei die 'Kürze' unterschiedlich beurteilt wird[118]. Eine gänzliche Versagung von Unterhalt wird nur in Betracht kommen, wenn die Ehe bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsurteils nicht länger als 2 Jahre gedauert hat[119].
Bei Ziff.2 muß es sich um Verbrechen oder ganz besonders schwere vorsätzliche Vergehen handeln, gerichtet gegen den Verpflichteten selbst oder einen nahen Angehörigen[120].
Ziff.3 schließt den Anspruch aus, wenn der Berechtigte seine Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat[121].
Ziff.4 steht dem Anspruch entgegen aus ganz gravierenden ehe-, familien- oder unterhaltsbezogenen Gründen, die eine Unterhaltszahlung grob unbillig erscheinen ließen. Dies soll aber nicht die Berücksichtigung des Scheidungsverschuldens bewirken[122].

(Stand 1.11.76). Am wirtschaftlichen Aufstieg des Partners nach der Scheidung nimmt grundsätzlich kein Ehegatte mehr teil, dies betont besonders Dieckmann, FamRZ 77, 85; a.A. Dannehl, MDR 55, 575 für das alte Recht; nach Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch, § 1578, Rz3 sind auch zukünftige Verbesserungen und Verschlechterungen zu berücksichtigen, falls sie mit einiger Sicherheit erwartet werden konnten.

(115) Aufschlüsselung im einzelnen bei Pal.-Diederichsen zu § 1578, Anm. 3

(116) Vogel, FamRZ 76, 484

(117) Parche, NJW 79, 139 hält § 1579 II für verfassungswidrig; a.A. Giesen/Gick, JR 79, 45

(118) Dieckmann, FamRZ 77, 104 will auf die gesamte Ehedauer (Lebenserwartung) abstellen und dazu eine Relation herstellen; MünchKomm stellt auf die durchschnittliche Ehedauer ab, an der die geschiedene Ehe gemessen werden soll. Pal-Diederichsen zu § 1579, Anm. 2 a stellt eine Relation her zwischen Ehezeit und Dauer einer eventuellen Berufsunterbrechung; nach KG, NJW 79, 168 kommt es auf die Dauer des tatsächlichen Zusammenlebens an.

(119) MünchKomm-Richter § 1579 RdNr.9; nach OLG Hamm, FamRZ 79, 38 geht die Ehedauer bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils.

(120) Ob grobe Beleidigung gegenüber der neuen Familie ausreicht, ist umstritten; Pal-Diederichsen zu § 1579, Anm. 2 b; BGH NJW 75, 1558; vgl. auch BT-Drucks.7/650, S.137 u. Schumacher MDR 76, 883

(121) Pal-Diederichsen zu § 1579, Anm. 2 c; das AG Mainz, NJW 78, 707 entschied z.B., die Verringerung der Arbeitszeit nach ständiger Berufstätigkeit sei mutwillig

Es wird formuliert: "Dem Richter ist hier ein einerseits genau umgrenzter, andererseits hinreichend weiter Ermessensspielraum gegeben, um Ergebnisse zu vermeiden, die der allgemeinen Gerechtigkeitserwartung zuwiderlaufen"(123).
Die Kommentierungen betonen aber, hierher gehöre auch der ehrlose oder unsittliche Lebenswandel des Berechtigten, also die besonders groben Verstöße gegen die Sittenordnung. Vor allem sei der Unterhaltspflichtige nicht verpflichtet, eine neue Lebensgemeinschaft seines geschiedenen Ehegatten, wenn auch nur mittelbar mitzufinanzieren(124).

cl) § 1580 gibt einen Auskunftsanspruch, der Voraussetzung dafür ist, daß die Unterhaltsberechtigung genau bestimmt werden kann.

cm) § 1581 regelt den Fall, daß der verpflichtete Ehegatte nicht leistungsfähig, also außerstande ist, dem Berechtigten den angemessenen Unterhalt zu gewähren, wobei der eigene angemessene Unterhalt des Verpflichteten gefährdet sein muß. So lange der unterhaltspflichtige Ehegatte noch verwertbares Vermögen besitzt,

---

(122) Als Ausnahmen von diesem Grundsatz werden Fälle angegeben, wo die häusliche Gemeinschaft "aus einer Laune heraus verlassen wurde" oder der erwerbstätige Gatte beispielsweise neben seinen Berufspflichten mit der vollen Last der Haushaltsführung u.Kindererziehung sitzengelassen wird. Offenbar hat man immer die böse, leichtlebige Frau im Kopf.Zwar sagt OLG Celle, FamRZ 77, 726, das Verschulden am Scheitern der Ehe könne nur ausnahmsweise als Grund i.S.v.§ 1579 I Nr.4 angesehen werden, aber OLG Hamburg, NJW 78, 545 betont statt dessen, der Zerrüttungsgrundsatz verbiete es nicht, schwerwiegende schuldhafte Eheverfehlungen zu den Verwirkungsgründen des § 1579 I Nr.4 zu rechnen; in diesem Sinne auch AG München, FamRZ 78, 894; vgl. auch MünchKomm-Richter § 1579 RdNr.8, einen anderen Aspekt berücksichtigt er RdNr.13 + 15: hat die Ehe lange gedauert u.sind aus ihr Kinder hervorgegangen, so wird ein völliges Versagen eines Unterhaltsanspr. auf Grund der Nr.4 kaum je in Betracht kommen, da unserem Recht Scheidungsstrafen fremd seien.

(123) Vogel, FamRZ 76, 484; MünchKomm-Richter § 1579 RdNr 1 setzt der Anwendung der Norm ganz enge Grenzen, sagt aber: "In diesem engen Rahmen ist § 1579 Ausprägung des das gesamte Privatrecht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben".

(124) Pal.-Diederichsen zu § 1579, Anm. 2 d; so auch Ambrock, § 1579 II 4 und Giesen/Gick, JR 79, 45; OLG Hamburg, NJW 78, 545; Diederichsen, NJW 77, 358; Kissel,(Fn 63), S.116; Dieckmann, FamRZ 77, 94; OLG Schleswig, FamRZ 77, 814 schließt den Anspr. bei Prostitution der Frau aus, u.OLG Schleswig, FamRZ 77, 814 verweigert den Prozeßkostenvorschuß u. Ergänzungsunterhalt, weil die Frau mit einem anderen Mann zusammenlebt. Wichtig hierzu aber MünchKomm-Richter § 1579 RdNr.17: lebt der Berechtigte in einem Konku-

ist er an sich nicht leistungsunfähig, aber er muß dieses auch nur unter bestimmten Voraussetzungen verwerten.
Was dennoch an Unterhalt geleistet werden muß, beurteilt sich nach Billigkeitsgesichtspunkten. Hierbei sind die Bedürfnisse, Vermögens- und Erwerbsverhältnisse beider Ehegatten zu berücksichtigen(125).

cn) § 1582 regelt den Fall, daß nach Wiederverheiratung des unterhaltspflichtigen Ehegatten der geschiedene Gatte gegen ihn einen Anspruch aus §§ 1570 - 1573, 1575, 1576 hat und der neue Ehegatte ebenfalls Unterhalt verlangt, während seine Leistungsfähigkeit nicht für beide Ansprüche ausreicht.
Für den geschiedenen Ehegatten besteht hier ein relativer Vorrang, wenn der neue Ehegatte, fingiert man ebenfalls seine Scheidung, gegen den anderen Ehegatten keinen Unterhaltsanspruch hätte. Auch dann, wenn dem neuen Ehegatten zwar hypothetisch ein Scheidungsunterhalt zustünde, der geschiedene Ehegatte aber lange Ehedauer oder Betreuungs- oder Billigkeitsunterhalt geltend machen kann(126).
Bei der Berechnung des Unterhalts wird zunächst der Selbstbehalt des Unterhaltsverpflichteten ermittelt, dann der den minderjährigen Kindern zustehende Unterhalt und schließlich der Unterhalt des geschiedenen Gatten(127).

co) Die §§ 1583 - 1586 b können hier weitgehend außer Betracht bleiben, zu erwähnen nur, daß zwar Wiederheirat des Berechtigten den Unterhaltsanspruch zum Erlöschen bringt, daß aber gem. § 1586 a der Betreuungsunterhalt aus § 1570 bei Auflösung dieser Ehe wieder aufleben kann.

---

binat, werden dadurch die Voraussetzungen der Ziff.4 nicht erfüllt. Der Anspruch kann aber mangels Bedürftigkeit gem. § 1577 I scheitern.

(125) Von beiden Gatten sind dann erhöhte Anstrengungen und Opfer zu erwarten. Es wird auch eher verlangt werden können, eine nicht ganz angemessene Tätigkeit anzunehmen (von beiden); zum Selbstbehalt in der Großstadt OLG Celle, FamRZ 79, 137

(126) Sind Kinder vorhanden, richtet sich deren Rang und der der Ehegatten ihnen gegenüber nach § 1609; zum Ganzen Pal.-Diederichsen zu § 1582, Anm. 2 + 3; Kniebes, DRiZ 76, 330; Dieckmann, FamRZ 77, 163; zu Einzelproblemen vgl. auch MünchKomm-Richter § 1582 RdNr.13

(127) Pal.-Diederichsen zu § 1582, Anm. 5; Rechenbeispiele und Kritik dazu bei Dieckmann, FamRZ 77, 164; zu der Berechnung OLG Frankfurt, FamRZ 79, 41; Berechnung mit Beispielen auch bei Rolland,§ 1582, RdNr.10 ff.

cs) §§ 1587 ff. regeln den Versorgungsausgleich, eine Wirkung der Eheauflösung, die unabhängig ist von einem jeweiligen Unterhaltsanspruch.

Zur Darstellung des in sich nicht einheitlichen Rechtsinstituts sollen hier einige Grundzüge genügen. Zum einen sind die Einzelheiten der technischen Durchführung kaum gleichberechtigungsrelevant, zum anderen ist ungewiß, ob diese Regelung in der vorliegenden Form bestehen bleiben wird. Das Bundesverfassungsgericht wird im Laufe des Jahres 1979 über diverse Verfassungsbeschwerden entscheiden, die den Versorgungsausgleich betreffen(128). Nach der momentanen Rechtslage muß der Ehegatte, der in der Ehe die werthöheren Versorgungsanrechte und -aussichten angesammelt hat, die Hälfte des Wertunterschiedes an den anderen Ehegatten übertragen(129).

Die Anwartschaften des Versicherten sollen ja in der Regel auch den Nicht-Versicherten sichern. Sie sind ein Vermögenszuwachs der Wirtschaftsgemeinschaft der Eheleute,(130) deshalb wird auch vernachlässigt, daß sie formal nur dem einen Ehegatten zustehen. Es muß während der Ehe noch keine gesicherte Anwartschaft begründet worden sein, allerdings kommen zum Ausgleich nur die Aussichten in Betracht, die während der Ehezeit angesammelt wurden. Bewertungsstichtag ist der Monatsletzte vor Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags(131).

Der Versorgungsausgleich wird vom Familiengericht von Amts wegen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchgeführt. Par-

---

(128) vgl. den Vorlagebeschluß des OLG Hamm, NJW 78, 761 ff. mit vielen Nachweisen zur Verfassungswidrigkeit des Versorgungs ausgleichs; vgl. auch OLG Celle, NJW 78, 1333; interessante und umfassende Darstellung der Kritik mit Hinweis auf 85 (!) Vorlagebeschlüsse hinsichtlich des neuen Rechts, die sich vorwiegend auf den Versorgungsausgleich bezogen, überdies Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen und Alternativvorschläge bei Wolfgang Müller, NJW 78, 2273; vgl.z.B. den Vorlagebeschluß des AG Königstein hinsichtlich der Genehmigungspflicht des Richters nach § 1587 o II 2 in NJW 78, 2216; OLG Celle, NJW 78, 1983 wiederum hält die §§ 1587 ff. in der Form des Rentensplittings für verfassungskonform und den Art.3 II besonders verwirklichend. AG Düsseldorf, NJW 78, 2039 schließt gem. § 1587 c von Amts wegen den Versorgungsausgleich aus, wenn die Ehegatten keinerlei ehebedingten beruflichen Nachteile erlitten haben und ihr Einkommen nicht allzu beträchtlich voneinander abweicht.

(129) Es müssen hierzu sämtliche während der Ehe begründeten o. aufrechterhaltenen ausgleichspflichtigen Versorgungsberechtigungen bewertet werden; Voskuhl, DRiZ 76, 338,339; v.Maydell, FamRZ 77, 175; zur Berechnung im einzelnen,ders.S.176

teivereinbarungen sind zwar möglich, bedürfen jedoch der Genehmigung des Familiengerichts (§ 1587 o).
In den Ausgleich wird der Teil der bis zum Ende der Ehezeit erworbenen Anwartschaften einbezogen, der dem Verhältnis der Gesamtzeit der Erwerbstätigkeit zur Ehezeit entspricht, soweit diese in die Zeit der Erwerbstätigkeit fällt(132).
Wurden Prämien in eine Privatversicherung auf Rentenbasis eingezahlt, so ist von der Leistung auszugehen, die sich im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags nach vorheriger Umwandlung des Vertrages in eine prämienfreie Versicherung ergäbe. Die auf diesem Wege errechneten Anwartschaften werden einheitlich in einer Monatsrente ausgedrückt(133).
Das Gericht kann über Grund und Höhe der Versorgungsanwartschaften bei den hierfür zuständigen Behörden, Versicherungsträgern, Arbeitgebern, Versicherungsgesellschaften und sonstigen Stellen Auskünfte einholen (§ 53 b II FGG). Diese Stellen sind verpflichtet, den gerichtlichen Ersuchen Folge zu leisten.
Der Ausgleich erfolgt je nach Versorgungsart in unterschiedlicher Form, und zwar unterschieden nach zwei Ausgleichsgruppen: in der ersten Gruppe sind zusammengefaßt die Anwartschaften aus einer der drei gesetzlichen Rentenversicherungen und die Pensionsanwartschaften der Beamten; alle übrigen Versicherungsarten sind in der anderen Gruppe. Hat in der zuerst genannten Gruppe ein Ehegatte mehr Anwartschaften aus Rente oder Pension, so ist von dessen Versicherungskonto die Hälfte der überschießenden Werteinheiten auf das evtl. erst zu begründende Versicherungskonto des anderen zu übertragen, ("Splitting").
In der zweiten Gruppe erfolgt der Ausgleich dadurch, daß der Ver-

---

(130) Beim überwiegenden Teil unserer Bevölkerung ist dies der einzige Vermögenszuwachs, der wirklich ins Gewicht fällt. Vogel,FamRZ 76, 485; Bosch,FamRZ 77, 579; Voskuhl, DRiZ 76, 338

(131) Schwierig wurde die Regelung des Versorgungsausgleichs vor allem durch die Dynamisierung der Renten; zu dieser war es durch die Rentenreform v. 1957 gekommen; vgl. zu der Problematik v. Maydell,FamRZ 77, 177

(132) Bei Beamten erfolgt die Errechnung in der Weise, daß die bisher zurückgelegte ruhegehaltsfähige Dienstzeit um die Zeit bis zur Altersgrenze erweitert und daraus die Pension festgestellt wird, die zur Zeit des Scheidungsantrags zu gewähren wäre.

(133) Um materiell-gleichwertige Größen zu haben, ist für die dynamisierte Altersrente u.die Beamtenversorgung noch eine zusätzliche Berechnung vorzunehmen. Die monatl.Betriebsrente wird auf Grund der Barwert-Verordnung v.14.6.77 ka-

pflichtete eine bestimmte Kapitalsumme in eine der gesetzlichen Rentenversicherungen zur Begründung von Anwartschaften bezahlen muß ("Quasi-Splitting"). Die Eheleute können sich hier aber auch anders einigen, wenn das Familiengericht zustimmt. Unbillige Härten, die daraus entstehen können, daß der Versorgungsausgleich unabhängig von der Bedürftigkeit vorgenommen wird, sollen durch die Billigkeitsklausel § 1587 c aufgefangen werden.(134)
Ist ein Ausgleich in dieser Art nicht möglich, oder haben die Parteien dies vereinbart (§ 1587 f.), so tritt hilfsweise der schuldrechtliche Versorgungsausgleich ein.
Dieser wird dann fällig, wenn der Verpflichtete eine Versorgung erhält und auch der Berechtigte die Voraussetzungen zum Rentenbezug wegen Erwerbsunfähigkeit erfüllt, oder wenn er das 65.Lebensjahr vollendet hat (§ 1587 g I)(135).
Der Versorgungsausgleich kann gem. § 1587 c ausgeschlossen sein. Für den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich hat der Gesetzgeber in § 1587 h einen besonderen Ausschlußtatbestand geschaffen(136).
Gem. § 1408 II ist der Versorgungsausgleich durch Ehevertrag ausschließbar. Inhaltlich zulässig ist aber lediglich der Ausschluß, nicht dagegen sonstige Abänderungen. Schließen die Ehegatten den Versorgungsausgleich aus, so tritt automatisch Gütertrennung ein, auch wenn die Ehegatten diese Wirkung nicht bedacht oder gewollt hatten, es sei denn, aus dem Ehevertrag ergibt sich etwas anderes. Der Ausschluß ist unwirksam, wenn er innerhalb eines Jahres vor der Scheidung der Ehe erfolgt(137).

---

pitalisiert. Monatsrente ist dann in der endgültigen Ausgleichsberechnung der Monatsbetrag, der sich als Altersruhegeld ergäbe, wenn der ermittelte Kapitalbetrag in die gesetzl. Rentenversicherung entrichtet würde.

(134) Alle diese Wege führen im Endergebnis dazu, daß für den ausgleichsberechtigten Ehegatten Anwartschaften bei der gesetzlichen Rentenversicherung geschaffen werden; zum Ganzen Voskuhl, DRiZ 76, 340 ff. mit Rechenbeispielen. Durch die gesamten neuen Regelungen ergeben sich auch Auswirkungen auf das Sozialversicherungs- und auf das Beamtenrecht, vgl. hierzu 1.EheRG Art.4 u.das Gesetz zur Änderung beamtenversorgungsrechtlicher Vorschriften v.14.6.76

(135) Der Berechtigte kann dann vom Verpflichteten in Höhe der laufenden monatlichen Ausgleichszahlungen die Abtretung des Rentenbezugsrechts verlangen, sodaß er die monatl.Ausgleichszahlungen vom Versorgungsausgleich vom Versorgungsträger unmittelbar erhält.

(136) Zusammenstellung nach v.Maydell,FamRZ 77, 180; übersichtliche Darstellung auch bei Böhmer,StAZ 76, 240 f. u.Rutland,

Die Jahresfrist des § 1408 II S.2 beginnt mit dem Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit des Ehevertrages; sie endet mit der Einreichung des Scheidungsantrags bei Gericht, vorausgesetzt, daß die Antragsschrift demnächst zugestellt wird(138).

2.) Beitrag zur Gleichberechtigung

a) Im Bereich der allgemeinen Ehewirkungen

Durch die generalklauselhafte Fassung des § 1353, der auch über die Stellung von Mann und Frau gar nichts Unmittelbares aussagt, ist diese Norm im Sinne der Gleichberechtigung völlig offen, muß aber in diesem Sinne ausgelegt und angewandt werden. Der Grundgedanke, daß die das eheliche Zusammenleben berührenden Entscheidungen im gegenseitigen Einvernehmen zu treffen sind, hat die Auffassung dieser Norm zu bestimmen.
So ergibt sich zwar aus § 1353 direkt und unmittelbar kein Beitrag zur Gleichberechtigung, es ergeben sich aber Gefahren für dieselbe aus der Tatsache, daß inhaltlich an dieser Generalklausel des Familienrechts nichts geändert wurde, daß aber ihre Auslegung und Konkretisierung unter Geltung des Verschuldensprinzips mit Hilfe der Eheverfehlungen der §§ 42, 43 EheG a.F. erfolgt war. Eine solche Konkretisierung kann aber naturgemäß einer Ehe gleichberechtigter Partner unmöglich in allen Zügen entsprechen. Und es wird nicht nur hieran festgehalten, sondern in den Kommentaren ist eine Tendenz zu bemerken, in § 1353 auch noch all das zu subsumieren, was in den anderen Normen aufgrund der Anpassung an den Gleichberechtigungsgedanken wegfallen mußte (wie z.B. die Mitarbeitspflicht des anderen Gatten).
Ein Schritt in Richtung Gleichberechtigung erfolgte in § 1355, indem die Frau nicht mehr zwangsläufig durch die Heirat ihren Geburtsnamen verliert. Durch die Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Ehenamens und das Voranstellungsrecht hinsichtlich des nichtgewählten Geburtsnamens wird das Persönlichkeitsrecht beider Ehegatten besser gewahrt, wobei diese Regelung allerdings nicht in

---

NJW 76, 1713; zur Entstehung Belchaus, FamRZ 73, 341; zum Unterschied zwischen § 1408 II u. § 1587 o vgl. RGRK-Finke zu § 1408, RdNr.24

(137) Die Vereinbarung nach Abs.2 ist in der Regel verfehlt bei der Haushaltsführungs- u.Zuverdienstehe; der Notar hat die Ehegatten über die damit verbundenen Nachteile genau aufzuklären; MünchKomm-Kanzleiter § 1408, RdNr.18 ff. u.a.

letzter Konsequenz erfolgte, sondern in der Auffangklausel des § 1355 II 2 erneut unsachgemäß an das Geschlecht angeknüpft wird. Die Gleichberechtigung der Geschlechter innerhalb der Ehe sollte vor allem durch Aufhebung der Fixierung einer bestimmten Aufgabenverteilung verwirklicht werden. Wenn also in § 1356 vorgegeben wird, daß die Aufteilung der Tätigkeiten, die in der Ehe anfallen, sowie die Erwerbstätigkeit eines oder beider Gatten, Ergebnis einer Entscheidung der Gatten im gegenseitigen Einvernehmen sein soll, so wird damit klar, daß Eheschließung für die Frau nicht mehr gleichbedeutend ist mit der Wahl einer Hausfrauenexistenz. Auch ihre Persönlichkeit wird durch Gestaltungsrecht und -pflicht beider Gatten unter Rücksichtnahme auf den jeweils anderen anerkannt, zumindest theoretisch.
Hier ist also bei entsprechendem Bewußtsein der Gatten Gleichberechtigung nicht mehr verboten, aber auch dadurch nicht garantiert. Einmal ist ja der Einfluß einer solchen Regelung auf die einzelne Ehe fraglich, zum anderen besteht durch die offene Formulierung, die einerseits die Chance zur Gleichberechtigung bietet, andererseits auch die Gefahr, daß die Auslegung sich zu stark an alten Vorstellungen, somit an frauenfeindlichen Formen und Argumenten orientiert. Diese Gefahr wird schon dadurch belegt, daß auch die Rechtsfolgen bei der Wahl der Hausfrauenehe immer noch gesondert ausgeführt und betont werden, was einen deutlichen Vorrang und eine Favorisierung dieser Eheform darstellt, daß zum anderen in den Kommentierungen bereits wieder von der Frau, bzw. Mutter, eine erhöhte Rücksichtnahme auf das Familieninteresse erwartet wird als vom Mann; hier führt also die "Gleich"berechtigung der Geschlechter zur Überverpflichtung der Frau, sie hat die Last der Gleichberechtigung zu tragen. Das Recht zur Erwerbstätigkeit - bedauerlich genug, daß es überhaupt betont werden muß -, wird dadurch gleich wieder entkräftet.
§ 1357 dehnt in Anpassung an die Aufgabe des Leitbildes Hausfrauenehe und an den Gleichberechtigungsgedanken Berechtigung und Verpflichtung aus Geschäften für den Familienlebensbedarf auf beide Ehegatten aus und läßt sie für die Schulden daraus gesamtschuldnerisch haften.

---

(138) Bergerfurth, FamRZ 77, 443

Hier ist also die Gleichberechtigung, die die Gleichverpflichtung als konstitutives Element mitumfaßt, voll verwirklicht, auch nicht etwa eine Ungleichberechtigung der nicht verdienenden Hausfrau vorprogrammiert, bei der sich nämlich auch Berechtigung und Verpflichtung aus den fraglichen Geschäften entsprechen. Auch wird hier keine Eheform favorisiert.
Anders bei der ehelichen Unterhaltspflicht des § 1360, der zwar geschlechtsneutral formuliert ist und somit der Gleichberechtigung Genüge zu tun scheint, der aber die rechtlichen Folgen für den Fall einer Hausfrauenehe gesondert ausspricht, was doch bei der von beiden Eheleuten im gegenseitigen Einvernehmen getroffenen Gestaltung der Ehe gar nicht nötig wäre.
Schon rein optisch drängt sich dadurch ein Vorrang dieser Form erneut auf. Die Hausfrauenehe wurde also sehr gesichert, was im Hinblick auf die Gleichberechtigung als bedenklich erscheint, denn sie entspricht dieser zwar jedenfalls eher, wenn sie freiwillig gewählt und einvernehmlich vereinbart wurde, aber dennoch grundsätzlich weniger als andere Eheformen, schon aufgrund der finanziellen Abhängigkeit. Deshalb ist eine Bevorzugung dieser Form abzulehnen.
In der Auslegung des § 1360 wird der Gleichberechtigung dadurch Rechnung getragen, daß die Aufteilung der Unterhaltsverpflichtungen ausschließlich an sachliche Gesichtspunkte anknüpft, daß sich also die Höhe der Verpflichtung nach dem jeweiligen Verdienst der Gatten und nach der jeweiligen Aufgabenverteilung innerhalb der Ehe richtet.
Aus der Unterhaltsverpflichtung kann sich - neben dem Recht auf Erwerbstätigkeit - sogar eine Verpflichtung hierzu ergeben, was Gleichberechtigung und -verpflichtung wiederum in hohem Maße entspricht. Wenn aber in den Kommentaren gleich betont wird, daß gegenüber dieser eventuellen Verpflichtung zur Erwerbstätigkeit der bisher haushaltführende Gatte ein Beharrungsinteresse habe, so wird auch hier der Vorrang der Hausfrauenehe ganz deutlich. Dieser Vorrang ist schon deshalb abzulehnen, weil gerade die Offenhaltung der Gestaltung i.S. v.Art.3 II begrüßt wurde und eben - wie gesagt - wegen der diesbezüglichen Mängel der Hausfrauenehe selbst, also z.B. der finanziellen Abhängigkeit des haushaltführenden Teils. In bezug auf diese stellt die Prozeßkostenvorschußpflicht des § 1360 a IV eine wichtige Hilfe dar, die der

unterhaltspflichtige Gatte gegenüber dem von ihm finanziell abhängigen hat. So schränken nicht materielle Aspekte die Entscheidungsfreiheit des klagewilligen Gatten ein, gegen seinen Partner ein Verfahren durchzuführen, sachbezogene Argumente können in den Vordergrund treten. Hierdurch wird auch die Gleichstellung der nichterwerbstätigen Frau mit der erwerbstätigen Frau begünstigt.

In diesem Sinne förderlich ist auch § 1361, der im weitesten Sinne die Aufgabenverteilung innerhalb der Ehe auf die Zeit des Getrenntlebens perpetuiert. Da nämlich der bisher nicht erwerbstätige Gatte nur unter bestimmten engen Voraussetzungen auf eine Erwerbstätigkeit verwiesen werden darf, kann auch hier der trennungswillige, finanziell abhängige Gatte seine Entscheidung hinsichtlich der Trennung grundsätzlich und weitgehend unabhängig von der materiellen Seite treffen. Diese besondere Abhängigkeit der nichterwerbstätigen Frau von ihrem Mann wird zwar so nicht aufgehoben, aber ihr Unterhalt auch für die Zeit der Trennung gesichert.

Dies könnte auch psychologisch bedeutsam sein, denn so scheinen auch finanziell die Möglichkeiten für eine 'gleichberechtigte Partnerschaft' geschaffen, die ja von selbständigen und selbstbewußten Partnern ausgehen muß. Hierzu würde dann auch beitragen, daß der Unterhaltsanspruch bei Getrenntleben an sachliche Kriterien anknüpft und nicht an personales Wohl- oder Fehlverhalten, denn Unterhalt ist nicht Belohnung oder Strafe, sondern sachlicher Anspruch, der an von beiden Eheleuten geschaffene Gegebenheiten anknüpft.

Hier stellt lediglich § 1361 III eine Durchbrechung dar, der personales Verhalten wieder erheblich macht,und der von großer Bedeutung ist, wie sich bereits jetzt aus Rechtsprechung und Lehre ergibt. Dadurch wird der positive Ansatz der Regelung hinfällig und wieder nur "Wohlverhalten alimentiert", unabhängig von getroffenen Vereinbarungen und Aufgabenverteilung in der Ehe.

Ansonsten aber scheint die Regelung der allg.Ehewirkungen durchgängig der Gleichberechtigung nicht mehr widersprechend, wozu auch paßt, daß bei endgültigem Fehlschlagen der Ehe, nämlich ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags gem. § 1361 zum Unterhalt bei Getrenntleben auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters etc. gehören. So wird die Al-

tersversorgung des betreffenden Gatten erleichtert und verstärkt, und die Ehe muß nicht mehr unbedingt als Versorgungsinstitut aufrechterhalten werden.
Wäre dies nicht nur gesetzlich geregelt, sondern auch verinnerlicht, wäre in der Tat ein Schritt in Richtung Gleichberechtigung getan, weil dann auch beide Eheleute sich um die Aufgabenteilung verantwortlich bemühen müßten und würden. Es wird aber gerade dieser Teil des Reformgesetzes von sich aus kaum bekannt. Die ganzen Implikationen des Gesetzes treffen auf entgegenstehendes Bewußtsein und bieten ja auch für dessen Ausprägungen Raum. Natürlich widerspräche es einer freiheitlichen und damit Gleichberechtigung ermöglichenden Regelung, ebenfalls, ein neues, anderes, jetzt partnerschaftliches Ehebild vorzuschreiben, partnerschaftliches Verhalten läßt sich ohnehin nicht erzwingen, Gleichberechtigung läßt sich aber nicht dadurch verwirklichen, daß man sie nicht mehr aufgrund entgegenstehender Vorschriften verbietet, es sei denn, neue Vorschriften würden durch ihren bloßen Erlaß ins Bewußtsein der Bevölkerung umgesetzt. Dies erscheint fraglich und wird noch zu erörtern sein.

b) Auf dem Gebiet des Scheidungsrechts

Die grundsätzliche Veränderung des Scheidungsrechts stellt auch einen grundsätzlichen Beitrag zur Gleichberechtigung im hier verstandenen Sinne dar.
Der Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip nämlich, das neue Verbundprinzip, das zu einer Entscheidung nicht nur über die Scheidung, sondern auch über die wichtigsten Folgesachen im selben Verfahren führt, die Tendenz zu Objektivierung und Versachlichung, also zu mehr Menschenwürde, kommt der Persönlichkeitsentfaltung beider Gatten zugute, und somit ihrer Gleichberechtigung.
Dies wäre dann unrichtig, wenn durch das neue Scheidungsrecht tatsächlich die "Verstoßung" der nicht erwerbstätigen Hausfrau erleichtert würde, denn jemand, den man "verstoßen", mit dem man also machen kann, was man will, ist selbstverständlich nicht gleichberechtigt.
Es ist hier aber festzustellen, daß der Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip keine Verstoßung ermöglicht, sondern lediglich realistischerweise anerkennt, daß eine Ehe auch dann

zerrüttet ist, wenn die eheliche Gesinnung auch nur bei einem der Gatten zerstört ist. Daß deshalb nur mehr erheblich sein soll ob noch Chancen dafür bestehen, daß die Ehe sinnvoll und zu retten ist - dies sind bei aller Subjektivität recht objektive Kriterien - versachlicht und entgiftet grundsätzlich das Verfahren.

Da also festzustellen ist, daß das Prinzip des neuen Scheidungsrechts der Gleichberechtigung zuträglich ist, müssen die Durchbrechungen desselben auch als Verstöße gegen die Gleichberechtigung gewertet werden, so also § 1565 II und § 1568, der aber wenigstens die Belange beider Partner berücksichtigt und die Scheidung wenigstens nach 5 Jahren nicht mehr verhindert.
Das Zerrüttungsprinzip knüpft ja an eine eheliche Gemeinschaft an, die auf gegenseitiger Liebe, Achtung, auf gleichberechtigter Partnerschaft beruht, sodaß die Kriterien, die für das Scheitern dieser Verbindung sprechen, auch solche Aspekte berücksichtigen müssen. So ist gefährlich auch i.S. der Gleichberechtigung, wenn die Kommentierungen angeben, die Zerrüttungsursachen würden sich doch weitgehend mit den Gründen decken, die unter der Geltung des Verschuldensprinzips zur Scheidung führten.
Daß ein Ehegatte einseitig die Scheidung herbeiführen kann, entspricht der Gleichberechtigung, die ja auch das Recht auf Selbstentfaltung jedes Ehegatten bedingt. Dies widerspricht auch nicht den Rechten des anderen - noch ehewilligen - Gatten, denn das Prinzip der Gleichberechtigung fordert im Bereich des Scheidungsrechts neben der Entfaltung beider Partner lediglich die Verantwortung beider füreinander, die sich nicht darin ausdrückt, daß jemand in einer Ehe festgehalten wird, sondern, daß beide die Folgen ihrer Verbindung tragen.
So ergibt sich ein Beitrag zur Gleichberechtigung z.B. daraus, daß bei der einverständlichen Scheidung nach einem Jahr des Getrenntlebens im Antrag der beiden Scheidungswilligen bereits bestimmte Folgenregelungen getroffen sein müssen. Es wird hier also ein gewisser Grad an Eigenverantwortlichkeit vorausgesetzt, an Entscheidungsfähigkeit hinsichtlich materieller und immaterieller Scheidungsfolgen, was langfristig die Gleichberechtigung fördern muß, weil es sie schlechterdings voraussetzt. Wenn gleichberechtigten Partnern endlich erlaubt wird, sich übereinstimmend zu trennen, wenn ihnen also endlich zugetraut wird, selbst darüber zu entscheiden, ob ihre Ehe ihren Sinn verloren hat oder

nicht, so wird ihnen gleichzeitig zu Recht zugemutet, daß sie auch aufgrund freien Entschlusses die Folgen ihrer freiwillig und bewußt eingegangenen Verbindung bestimmen und tragen.

c) Im Scheidungsfolgenrecht

Hier ist zunächst festzustellen, daß insgesamt eine konsequente Egalisierung geschlechtsspezifischer Positionen erfolgte. Es wird nicht mehr an 'Mann' oder 'Frau' angeknüpft, sondern an den wirtschaftlich stärkeren oder schwächeren Ehegatten. Überdies setzt das Scheidungsfolgenrecht konsequent die Ansätze fort, die aus dem Recht der allgemeinen Ehewirkungen zu entnehmen sind. Nachdem nämlich dort die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt war, werden die Ehegatten an diesem Einvernehmen noch festgehalten, solange es nachwirkt. Es wird zwar gem. § 1569 das Unterhaltsrecht vom Grundsatz der Eigenverantwortung getragen, der ja der Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung in hohem Maße entspricht, aber soweit ehebedingte Verhältnisse sich auswirken, gilt der Grundsatz der nachehelichen Solidarität, der der Gleichberechtigung ebenso entspricht, da er ein Ausdruck von Verantwortlichkeit ist.
Vor allem kann realistischerweise im Moment noch nicht total auf der nachehelichen Eigenverantwortung beharrt werden, nachdem die Ehe noch so häufig als Versorgungsinstitut angesehen wird und unter dieser Voraussetzung eingegangen und geführt wurde. Dies ist zwar abzulehnen - die Ehe kann unter diesem Aspekt auch nur noch erhalten werden, indem sie unter anderen Gesichtspunkten ideologisiert und "überhöht" wird -, aber viele Frauen sind nicht darauf vorbereitet, plötzlich auf eigenen Füßen zu stehen. Es wäre falsch verstandene Gleichberechtigung, diese konsequent "ins Leere zu stoßen", sondern hier muß Gleichberechtigung, die ja auf der Menschenwürde aufbaut, zumindest Hilfe zur Selbsthilfe heißen.
Daraus ergibt sich im einzelnen, daß die Unterhaltsansprüche, die gegeben werden, weil die in der Ehe vereinbarte Aufgabenteilung fortgesetzt werden muß, § 1570, oder weil der bisher nicht erwerbstätige Gatte inzwischen zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu krank oder zu alt ist, §§ 1571, 1572, der Gleichberechtigung entsprechen, weil nämlich insoweit Verlaß sein darf

auf die gegenseitige Verantwortung und deren Nachwirkungen.
§ 1573 entspricht sowohl dem Grundsatz der Eigenverantwortung, als er nämlich vom bisher nicht erwerbstätigen Gatten Anstrengungen erwartet, eine selbständige Sicherung seines Unterhalts zu erreichen, aber auch der nachehelichen Solidarität, da beim Fehlschlagen dieser Anstrengungen und Bemühungen der Gatte einspringen muß, der dazu in der Lage ist, und auf den sich der andere verlassen bzw. sein Leben eingerichtet hatte.
Daß § 1574 die Pflicht zur Erwerbstätigkeit auf eine angemessene Tätigkeit beschränkt, muß dem Grundsatz der Eigenverantwortung nicht widersprechen. Auch hier wird dieser Grundsatz nämlich von dem der Nachwirkung ehelicher Verhältnisse ergänzt, und § 1574 trägt letztendlich dem Gedanken Rechnung, daß jeder Ehegatte sich wegen der Lebenslänglichkeit der Ehe auf die in der Ehe geschaffenen Lebensumstände einstellen darf, vor allem auch, weil er sie ja mitschafft. Wenn diese Ehe schon beendet werden kann, unabhängig von den eigenen Bedürfnissen und Wünschen und unabhängig von Wohl- oder Fehlverhalten beider Partner, so sollen doch zumindest finanzielle Nachteile und ein sozialer Rückschritt nach Möglichkeit vermieden und hier ein Ausgleich geschaffen werden, der ja wiederum Gleichberechtigung fördert, sowohl die zwischen Mann und Frau, also auch die von erwerbstätiger Frau und Hausfrau.
Daß wiederum der Unterhaltsberechtigte bestimmte Eigenaktivitäten aufzubringen hat, um die angemessene Erwerbstätigkeit zu finden, andererseits aber nicht nur u.U. verpflichtet, sondern auch berechtigt sein kann, sich auszubilden, verteilt die Lasten der Ehe gleichmäßig auf die Gatten.
Beide tragen die Verantwortung für die Folgen ihrer Ehe und sind verpflichtet, dem jeweils anderen Hilfe zu leisten, auf ihn Rücksicht zu nehmen, was im Zusammenspiel der §§ 1570 - 1575 konsequent zum Ausdruck kommt, während § 1576 diese Ausgewogenheit durchbricht. Die Eigenverantwortung wird eingeschränkt, und Verschuldensaspekte werden bedeutsam, was innerhalb dieses sachbezogenen Systems nur schädlich sein kann.
§§ 1577, 1578 passen zwar wieder in das i.S. der Gleichberechtigung ausgewogene und positiv zu bewertende Grundprinzip, das immer versucht, die Belange beider Gatten sachgerecht zu berücksichtigen, ebenso §§ 1581, 1582, aber die Härteklausel des § 1579 stellt wiederum eine Durchbrechung desselben dar.

Hier wird - abgesehen von Ziff.1 - dem Unterhaltsrecht ein sachfremder Strafcharakter beigemessen, und Grundsätze wie Eigenverantwortung oder nacheheliche Verantwortlichkeit werden hinfällig, während letztere sich gerade in den durch § 1579 betroffenen Fällen besonders beweisen könnte, gerade dort zu fordern wäre. Somit ist § 1579 der Gleichberechtigung im Scheidungsfolgenrecht abträglich.
Für die §§ 1587 ff. war die weitere Verwirklichung der Gleichberechtigung vordringliche Motivation, da durch den Versorgungsausgleich ein Schritt in Richtung auf eine eigenständige Sicherung der nicht erwerbstätigen Hausfrau, somit aller Menschen, versucht wird.
Grund für diese spezielle Regelung war wiederum die Wertung, daß am sozialen Status bzw. Aufstieg der Ehegatten beide beteiligt sind. Im Grunde muß hier nicht einer etwas eigenes abgeben, sondern ein Vermögenswert, der der Alterssicherung beider Gatten dienen sollte, formal aber nur einem zustand, wird aufgeteilt, beide Gatten werden an den erworbenen finanziellen Vorteilen beteiligt.
Hierin ist eine Regelung zu sehen, die in besonderem Maße Art. 3 II entspricht. Es wird der Zugewinnausgleichsgedanke ins Versorgungsrecht übertragen, und der Schritt in die Eigenständigkeit wird dem bisher nicht erwerbstätigen Gatten wesentlich erleichtert, vor allem ist der unterhaltsberechtigte Gatte auch unabhängiger von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten in der Zukunft, denn die Anteile, die hier aufgeteilt werden, sind vorwiegend öffentlich-rechtlicher Natur.
Unter diesem Aspekt scheint § 1408 II bedenklich. Es scheint zwar der Gleichberechtigung nicht zu schaden, daß bestimmte güterrechtliche Regelungen und Rechtsfolgen von den Ehegatten im gegenseitigen Einvernehmen - rechtlich in der Form des Vertragesverändert bzw. abbedungen werden können. Ein solches Vorgehen fördert grundsätzlich die Eigenverantwortlichkeit beider Partner und hält auch den nichterwerbstätigen Ehegatten dazu an, sich um seine vermögensrechtlichen Verhältnisse zu bekümmern.
Ohne entsprechende Aufklärungsarbeit besteht aber die Gefahr, daß leichtfertig ein Ausschluß vereinbart wird, zumal da beim Eheschluß nicht an ein mögliches Scheitern gedacht wird, wobei die Tragweite eines solchen Entschlusses nicht genügend bedacht werden könnte. Eine Hilfe könnte hier der Notar sein, der vor al-

lem den nicht erwerbstätigen Frauen klar machen müßte, daß dieser Versorgungsausgleich für sie nicht ein Gnadenbrot darstellt, eine freundliche Gabe ihres Gatten, sondern daß sie darauf einen direkten und unmittelbaren Anspruch schon allein deshalb haben, weil sie durch ihre Haushaltsführung ebenso zum Erwerb der fraglichen Versorgungsanteile beigetragen haben wie der erwerbstätige Gatte selbst.
§ 1408 II scheint lediglich dann eine sinnvolle Lösung zu sein, wenn in Doppelverdienerehen die soziale Sicherung beider Eheleute gewährleistet ist.

V. Kritik am 1.EheRG

Die eigene Beurteilung des 1.EheRG erfolgt zunächst anhand der Auseinandersetzung mit der Kritik in der Öffentlichkeit, dann durch eine eigene Abschlußkritik.

1.) Die Äußerungen in der Öffentlichkeit

Mit der Veröffentlichung des 1.EheRG am 14.6.1976 war das Kapitel Eherechts- und Scheidungsreform noch keineswegs abgeschlossen. In der allgemeinen Diskussion wurde im Grunde da weitergemacht, wo man letztlich nie aufgehört hatte, und was vorher bei den Entwürfen erfolglos kritisiert worden war, wurde jetzt an der Endfassung bemängelt.
Interessant und bedenklich daran ist die Tatsache, daß durch das Beharren der Kritiker auf ihren Inhalten die Intentionen des Gesetzgebers zunichte gemacht werden könnten, denn wenn der Einfluß der Literatur auf den Gesetzgebungsgang auch nur gering war - und das auch nicht in allen Punkten -, so ist zu erwarten, daß er im Rahmen der Rechtsprechung, also der Praxis, weitaus größer sein wird.
Da das Gesetz viele generalklauselartige, auslegungsbedürftige Formulierungen enthält, könnten an vielen Stellen Wertungen einfließen, die denen des Gesetzgebers gerade widersprechen[1].

---

(1) Ein Indiz für diesen Verdacht bildet schon der Untertitel einer Abhandlung des bayrischen Justizministers Hillermeier, FamRZ 76, 577, in der er das 1.EheRG aus der Sicht der BR-Vorschläge betrachtet: "Insbesondere deren Bedeutung für

Selbstverständlich ist Kritik an einem Gesetz notwendig, nützlich und sinnvoll, dieses muß ja erst in der Praxis erprobt und daraufhin womöglich sogar erneut verändert werden(2). Eine Art "Erfolgskontrolle" findet ja in vielèn Bereichen der Gesellschaft statt, z.B. in Justiz, Verwaltung, Wissenschaft, Verbänden, Gruppen, Parteien, allgemein in der Öffentlichkeit(3). Neuerliche Änderungen werden aber auf sich warten lassen (müssen), so bleibt, wollen Kritiker schneller reüssieren, nur der Gang zum Bundesverfassungsgericht und daneben der Versuch, einen bestimmten Auslegungsmodus herbeizuführen. Von beiden Möglichkeiten wurde hinsichtlich des 1. EheRG reichlich Gebrauch gemacht; die Entscheidungen des Verfassungsgerichts stehen noch aus, und was die Auslegung des Gesetzes anlangt, so wird im Folgenden auf die Äußerungen der Rechtslehre eingegangen werden, weil diese am ehesten geeignet erscheinen, sich in der gerichtlichen Praxis tatsächlich auszuwirken. Meinungsäußerungen anderer Gruppen und Institutionen können insoweit etwas vernachlässigt werden(4).
Es wird also versucht, so die Tendenzen der Gesetzesanwendung aufzuzeigen, wobei insbesondere deutlich werden soll, ob der Beitrag zur Gleichberechtigung, wie er hier gesehen und verstanden wurde, sich tatsächlich durchsetzen kann. Bedauerlich hierbei ist, daß die Diskussion vielfach in völlig sachfremder Polemik geführt wird(5), die Emotionen schlagen im Bereich des Familienrechts immer noch hoch.

---

die Auslegung und Anwendung des neuen Rechts", wobei dies hinsichtlich der Vorschläge, die sich nicht durchsetzen konnten, sehr bedenklich erscheint.

(2) Darauf macht Gernhuber, Neues Familienrecht, 1977, S.78 aufmerksam, außerdem sei der neue Rechtsstoff z.T. schon als unzureichend erkannt gewesen, als er in Kraft trat, wofür er die §§ 1587 a und f - n als Beispiel nennt.

(3) vgl. Schröder, Zur Erfolgskontrolle der Gesetzgebung, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth.III, S.276

(4) Die Kritik der Frauenrechtlerinnen setzte an der mangelnden Verwirklichung der Gleichberechtigung der Frau an, während Hauptsorge der Kirchen war, die Lebenslänglichkeit der Ehe sei nicht mehr gewährleistet; vgl. zum Einfluß der Kirche auf das Recht, Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 1973, S.118; auch Ridder, Männer und Frauen sind gleichberechtigt, in: FS Leibholz, Bd.2, 1966, S.222 u.insbes.zu ihrem Einfluß auf das Gesetzgebungsverfahren zum 1.EheRG Bosch, FamRZ 77, 580, 1 Fn 145

(5) z.B. wenn Bosch, FamRZ 77, 577 zu § 1582, wo der zweite Ehegatte als geschieden fingiert wird, sagt: "Wohlgemerkt, geschieden ist sie gar nicht, aber Geschiedensein ist wohl nach der Meinung des Gesetzgebers ein Normalzustand"; andere Bei-

a) Allgemeine Ehewirkungen

Es wird in der Kritik nach wie vor ganz grundsätzlich um die Ehe als Institution gefürchtet. Es wird ein Substanzverlust der Ehe darin gesehen, daß das Gesetz kein bestimmtes Leitbild mehr vorschreibt(6), andererseits wieder eine Art Modernisierungszwang befürchtet(7).
Dabei ist größermögliche Freiheit der Gestaltung der Ehe - wenn man überhaupt gesetzlich hier regeln will - für sämtliche Bürger kaum denkbar, zumal nach wie vor die Ehe im althergebrachten Sinne gestaltet werden kann. Im übrigen drückt sich darin, daß der Gesetzgeber versucht, sich weitgehend aus der Ehe seiner Bürger herauszuhalten, eine besonders hohe Wertschätzung derselben aus, als Kern des Intimbereichs der Menschen, eine viel höhere jedenfalls als bei einer dirigistischen Normierung.
Es werden allerdings sehr hohe Anforderungen an die jeweiligen Eheleute gestellt, weil das Gesetz sie bereits als die mündigen, selbständigen und verantwortungsbewußten Menschen behandelt, die im Stande sind, ihre Beziehung wie gleichberechtigte Partner zu gestalten, und gleichzeitig erfolgt die Liberalisierung nicht in letzter Konsequenz.

aa) Es wäre nämlich danach nicht nötig gewesen, in § 1353 I 1 den Grundsatz "Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen" zu formulieren(8), hinsichtlich dessen aber nicht etwa kritisiert wird, daß er bestimmte Ehezwänge bestimmt, sondern ganz im Gegenteil, daß er bloßer Programmsatz sei, denn die Ehe sei wegen des neuen Scheidungsrechts quasi auf Zerfall angelegt(9). So hat es also nichts genützt, diese Formel letztlich zur Beruhigung gerade der

---

spiele hierfür bei Giesen, Ehe, Familie und Erwerbsleben, 1977, S.50; Schwab, FamRZ 77, 770. Oder Bosch nennt das Gesetz einfach 'EheRG 76', weil es ihm mißfällt, daß sich dieses "Erstes" Gesetz nennt, vgl. z.B. FamRZ 76,401 ff.; 77, 569; dies trägt zur allgemeinen Klarheit ja auch nicht gerade bei. Adomeit, Die Ehescheidung und ihre Folgen, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.78 bemängelt, das Gesetz wirke wie ein erster Entwurf desselben.

(6) z.B. Bosch, FamRZ 77, 580; S. 572 spricht er von Zerstörung des Ehebildes, S. 571 von Ehe-Minimalismus

(7) Bosch, FamRZ 77, 570

(8) zumal da sich dies nicht nur aus § 13 II EheG, sondern nach allg.Ansicht auch aus Art.6 GG und dem mehrheitlichen Eheverständnis ergibt; m.E. ist das nicht so zwingend.

(9) vgl. z.B. Bosch, FamRZ 77, 572; so auch Bastian/Roth-Stielow/

heutigen Kritiker überhaupt eingeführt zu haben[10].
Auch aus der mangelnden Konkretisierung des Begriffs der ehelichen Lebensgemeinschaft schließt Bosch, daß dadurch quasi der Zerstörung des jetztigen Eheverständnisses Tür und Tor geöffnet sei, indem künftiger Rechtsfortbildung und der Berücksichtigung der gesellschaftlichen Entwicklung zu stark Vorschub geleistet werde[11].
Ganz abgesehen davon, daß in § 1353 a.F. der Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft auch nicht konkretisiert war, sondern aus sonstigen Wertungen des Gesetzes und vor allem durch die Rechtsprechung gestaltet wurde, wobei die Vorgabe eines bestimmten Leitbildes dies erleichtert haben mag, so ist zu betonen, daß die eheliche Lebensgemeinschaft zweier gleichberechtigter Partner durch ein Gesetz gar nicht konkretisiert werden d a r f, sondern individueller Gestaltung offen sein m u ß. Grundsätzliche Forderungen aber wie gegenseitige Achtung, Hilfsbereitschaft, Treue und Beistand, bleiben ohnehin bestehen, ohne daß man Eheleute hierzu verpflichten müßte oder könnte, denn Gefühle im zwischenmenschlichen Bereich lassen sich nicht diktieren.
Somit ist - wenn schon nicht ganz von dieser Regelung abgesehen wurde, zu begrüßen, daß sich die Rechtsqualität der Pflichten aus § 1353 durch den Verzicht auf den Schuldspruch im Scheidungsverfahren geändert hat. Dies wird durch die partnerschaftliche Ehegestaltung geradezu vorausgesetzt, zumal da sich in diesem Bereich wirklich empörende Dinge durchgesetzt hatten[12].

Schmeiduch vor §§ 1564 ff.,Rz 4 + 11; Dieckmann,Unterhalts- und versorgungsrechtliche Betrachtungen zur Reform des Scheidungsrechts, in: FS Bosch, S.127, Fn35, der dort noch betont, erst das Scheidungsrecht bestimme in vieler Hinsicht was von einem Eherecht zu halten sei, vgl. auch S.134; Kissel, DRiZ 78, 226 sagt ganz klar, daß für solche Befürchtungen weder gesetzessystematisch noch aufgrund der bisherigen Anwendung Raum sei.

(10) vgl. ausführlich auch Wacke, FamRZ 77, 507; Lüke,Die persönlichen Ehewirkungen und die Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe- und Familienrecht, in: FS Bosch, S.631; MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr 1 weist im übrigen darauf hin, daß die Unauflöslichkeit der Ehe kein Dogma, sondern nur ein Grundsatz ist. Verblüffenderweise kommt niemand auf die Idee, § 242 BGB für einen leeren Programmsatz zu halten, obwohl auch der Grundsatz von Treu und Glauben sich aus der gesamten Rechtsordnung ergibt.

(11) Bosch, FamRZ 77, 572; dies war in der Tat Ziel des Gesetzgebers und ist auch zu fordern, soll nicht das Recht hinter den gesellschaftlichen Verhältnissen hinterherhinken,vgl. BT-Drucks.7/4361, S.7

Eine Veränderung wird hier offensichtlich nicht für notwendig gehalten, denn in denneuen Kommentierungen, auch in Literaturäußerungen, wird immer wieder betont, daß hinsichtlich der Pflichten getrost auf die alte Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden kann(13).

Dabei hätte viel mehr als der Rückgriff auf überkommene Rechtsvorstellungen betont werden müssen, daß keine Verpflichtung zu einer bestimmten Lebensgestaltung besteht(14). Es zeigt sich hier eine Einbruchstelle für überkommene Wertungen, die noch dadurch erweitert wird, daß die eheliche Herstellungsklage beibehalten wurde(15).

Wacke kritisiert hieran u.a., daß das Familiengericht im Meinungskonflikt der Eheleute zwecks Streitentscheidung angerufen werden könnte, was systemwidrig sei, und daß sie nur beibehalten wurde als Konzession an die Gegner der Scheidungsreform: "Wegen ihrer geringen praktischen Verbreitung konnte sich der Reformgesetzgeber hier konziliant zeigen"(16).

Wacke fordert deshalb die restriktive Auslegung der Norm(17), während Bosch die Herstellungspflicht zu wenig gewährleistet sieht, weil die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft verneint wird, wenn die Ehe gescheitert ist. Seiner Ansicht nach wird dadurch"die eheliche Gemeinschaftspflicht de facto aufgehoben"(18).

---

(12) Pal.-Diederichsen zu § 1353, Anm. 2 b aa postuliert die Pflicht zur Geschlechtsgemeinschaft ohne Widerwillen etc. auch noch für das neue Recht!! Hier ist Wacke zu folgen, FamRZ 77, 507: "Den Wegfall der Sanktionsbewehrung kann man im Gegenteil als Befreiung von staatlicher Bevormundung begrüßen. Ein "Liebesrecht" wäre ein innerer Widerspruch. Darum kann es künftig nicht mehr Aufgabe juristischer Kommentarwerke sein, seitenlang mit erhobenem Zeigefinger Anweisungen zu geben für ein harmonisches Ehe- und Familienleben, die von Moral triefen. Den Eheanleitungsbüchlein für Brautleute darf dies getrost überlassen bleiben".

(13) vgl. Pal.-Diederichsen zu § 1353, Anm. 2 b; auch Lange, JuS 76, 684; allerdings ähnlich auch BT-Drucks. 7/4361, S.7; Lüke, (Fn 10), S.632, der auch betont "daß der Konsens in der Rechtsgemeinschaft über die wesentlichen Elemente der Ehe, die der Verfügungsbefugnis der Ehegatten nicht unterliegen, breiter ist, als es den Anschein hat".

(14) ähnlich Wacke, FamRZ 77, 508 f.

(15) Wacke, FamRZ 77, 507 bezeichnet dies als Anachronismus; vgl. auch MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr.6, dort RdNr. 7 + 8 ausführliche Kritik; a.A. Bosch, FamRZ 77, 572

(16) Wacke, FamRZ 77, 507; ähnlich Lüke (Fn 10), S.634

(17) MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr.10

Hier ist der Begriff des "Scheiterns" nicht konsequent gedacht. Wenn die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und nicht mehr erwartet werden kann, daß sie wiederhergestellt wird (auch nur von einem Gatten) - § 1565 I 1 -,dann ist die Ehe gescheitert, und es wäre absolut sinnlos, diesen Gatten zur Aufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichten zu wollen(19). Die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft besteht für jede Ehe; eine gescheiterte Ehe ist aber im Grunde eine Nicht-Ehe, die auch keine ehelichen Pflichten mehr begründen kann, so diese nicht besonders geregelt sind (z.B. § 1361).
Nur dies entspricht auch einer gleichberechtigten Partnerschaft, in der die Ehegatten einfach darüber selbst entscheiden können müssen.

ab) Die Kritik am neuen Namensrecht setzt vorwiegend an technischen Dingen an. Es sei einmal zu kompliziert(20), das Voranstellen des Begleitnamens verstoße gegen das Prinzip der Einheit des Ehe- und Familiennamens, die Nichtübereinstimmung des Namens dieses Ehegatten mit dem Namen des Ehepartners und der gemeinsamen Kinder indiziere eine Ehe mit schwächeren Rechtswirkungen, zum anderen entstünden Schwierigkeiten und zusätzliche Kosten bei der Führung von Registern und Namenskarteien (21).
Unter dem Aspekt der Gleichberechtigung begrüßt dagegen Ruthe das Voranstellungsrecht, denn dadurch kennzeichne der Name, unter dem sie im Berufsleben bekannt geworden sei, die Frau auch nach einer Eheschließung(22). Von daher werde also das Problem "Berufsname der Frau" auf diese Weise am besten gelöst, wobei hier nur hinzuzufügen ist, daß dieser Vorteil für beide Partner gilt.
Allerdings ist hier wirklich fraglich, ob dem Prinzip der Einheit des Familiennamens - wenn man sich schon für dieses ent-

---

(18) Bosch,FamRZ 76, 401; 77, 572; wo er noch polemisch den juristischen Begriff des Scheiterns der Ehe im Sinne von menschlichem Versagen gebraucht.

(19) MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr.39 kommt dadurch wohl dazu, die Verweigerung der Herstellung erst nach 3 Jahren Getrenntlebens zu bejahen; aber ähnlich wie hier Lüke, (Fn 10),S.633;

(20) vgl. z.B. Wacke, FamRZ 77, 517; Lüke,(Fn 10), S.631; Diederichsen, NJW 76, 1177; Ruthe, FamRZ 76, 416; Bosch,FamRZ 76, 406; zu den verschiedenen Kombinationsmöglichkeiten auch Böhmer, StAZ 76, 238

(21) BR-Drucks. 1,76, S.13 f. und Wacke,FamRZ 77, 513 f., der sich diesen Bedenken anschließt; illustrative Darstellung für die mögl.Namensbildungen MünchKomm-Wacke § 1355 RdNr 20

schieden hat - und dem Führen der Karteien der Vorrang nicht doch gebührt hätte, zumal dem Gleichberechtigungsgebot auch das schon geläufige Anfügungsrecht genügt hätte. An dieser Stelle war die Veränderung m.E. in der Tat nicht zwingend unter dem Aspekt der Gleichberechtigung und schädlich unter jedem andern Aspekt, den das Namensrecht zu berücksichtigen hat(23).

Kritisiert wird in diesem Zusammenhang weiterhin, daß auch für Altehen das Voranstellungsrecht besteht, daß dieses auch nicht zeitlich befristet wurde, daß dadurch im Bereich der Namenstragung völlige Unklarheit herrsche(24). Dieser Kritik ist nur insoweit beizupflichten, als das Voranstellungsrecht grundsätzlich bemängelt wird. Art.3 II fordert aber die Einbeziehung der Altehen in die Regelung, zumindest solche, die zwischen 1.4.53 und 30.6.76 geschlossen wurden. Hinsichtlich dieser Ehen hat nämlich inzwischen das Bundesverfassungsgericht festgestellt(25), daß die Regelung des 1.EheRG insoweit verfassungswidrig sei, als Eheleuten dieser Altehen nicht die Möglichkeit gegeben wurde, den Geburtsnamen der Frau zum Ehenamen zu bestimmen. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, daß die nähere Ausgestaltung des Rechts der Wahl des Ehenamens einer gesetzlichen Regelung bedürfe, was zu einem Entwurf eines "Gesetzes über die Änderung des Ehenamens (Ehenamensänderungsgesetz - EheNÄndG)" führte(26). Die Vorlage eröffnet allen Ehegatten, die vor dem 1.7.76 die Ehe geschlossen haben, eine zeitlich begrenzte Möglichkeit, für die Zukunft den Geburtsnamen der Frau zum Ehenamen zu bestimmen(27).

Dieses Wahlrecht wird also im Sinne von Art.3 II zu Recht für notwendig gehalten(28), während die Bedenklichkeit der Auffang-

---

(22) Ruthe, FamRZ 76, 417; vgl. schon BT-Drucks. 7/3119, S.4

(23) Es ist der ausführlichen Kritik von MünchKomm-Wacke § 1355 RdNr.24 ff. beizupflichten

(24) Wacke, FamRZ 77, 514; MünchKomm-Wacke § 1355 RdNr.27: "gesetzgeberische Fehlleistung"; kritisch zu Wackes Aussage, Beitzke, NJW 78, 257

(25) BVerfG, NJW 78, 2289 = FamRZ 78, 667

(26) BT-Drucks. 8/2134

(27) alles ähnlich wie in BT-Drucks. 7/3119 und 7/3358, die vom BR abgelehnt worden waren. Eingeschlossen sind auch Ehen von vor dem 1.4.53; dem neuen Gesetz hat der BR inzwischen zugestimmt.

(28) a.A. Ruthe, FamRZ 76, 416 f. (die davon ausgeht, daß davon ohnehin kein Gebrauch gemacht würde, höchstens aus unlaute-

klausel hinsichtlich Art.3 II nicht gesehen, sondern hier wieder auf die im Volke verwurzelte Tradition rekrutiert wird, der die Anknüpfung an den Mannesnamen entspreche(29). Mit diesem Argument könnte man eigentlich jedes Streben nach Gleichberechtigung hinfällig machen, denn die Unterdrückung der Frau entspricht auch einer "althergebrachten, im Volke verwurzelten" Tradition. Damit darf man sich um den Verfassungsverstoß der Auffangklausel nicht drücken.
Wichtiger als Fragen der Gleichberechtigung(30) scheint aber den Kritikern zu sein, daß - unterstützt durch die Aufhebung des Nichtigkeitsgrundes 'Namensehe' - die Namensrechtsregelungen, einfach die Namen,mißbraucht werden könnten, daß Schuldner untertauchen(31), daß es ungemein schwierig wird, Identitäten festzustellen und letztlich auch Abstammungsverhältnisse schwer zu erforschen seien. Ganz global wird sogar formuliert, die Ordnungsfunktion des Familiennamens werde beeinträchtigt(32), was Wacke befürchten läßt, später könne nur wegen des Verlusts des Personennamens an Kennzeichnungskraft die Personenkennziffer erzwungen werden(33).

ac) Die Kritik an § 1356 erfolgt zusammen mit der an § 1353 und hat den gleichen Tenor. Die Aufgabe eines Eheleitbildes und theo-

---

ren Gesichtspunkten. Dann sieht sie auch noch Namensstreitigkeiten zwischen den Familien der Verlobten heraufbeschworen); so aber Wacke, FamRZ 77, 517; Pal.-Diederichsen, zu § 1355, Anm. 2 b cc; Rolland,§ 1355, RdNr.11, die aber alle § 1355 II mit Art.3 II vereinbar ansehen: es bestehe ein Konsens (negativen Inhalts) zwischen den Verlobten;ähnlich Ambrock, § 1355 III

(29) Wacke, FamRZ 77, 512 ; in MünchKomm-Wacke § 1355 RdNr.13 auch noch mit den übl. patriarchalischen Begründungen (Frau jünger, scheidet eh aus dem Beruf aus, etc.). Er betont aber RdNr.58 nochmals, daß diese Reform durch den Gleichberechtigungssatz zwingend gefordert war; deutlich hier aber"Courage" August 1977, S.10: "nach gut patriarchalischer Sitte ist bei Uneinigkeit der Name des Mannes anzunehmen".

(30) Diesbezüglich wird vielmehr formuliert: "Es bleibt zu hoffen, daß in der Praxis von den Wahlmöglichkeiten nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht wird, damit die Rechtssicherheit nicht gefährdet und die Praxis nicht unerträglich erschwert wird", Lüke, (Fn 10), S.631. Der Wegfall der Untersagungsrechte der §§ 56, 57 EheG wird übrigens in diesem Zusammenhang begrüßt, vgl. MünchKomm-Wacke § 1355 RdNr.46; aber Diederichsen, NJW 76, 1174

(31) vgl. dazu Wacke, FamRZ 77, 516; Ruthe, FamRZ 76, 401 f.,417; so auch"FAZ" v. 20.10.77, vgl. aber Mergenthaler,FamRZ 78,4, der diese Gefahr überzeugend widerlegt.

(32) Ruthe, FamRZ 76, 416

retische Entscheidung für eine partnerschaftliche Form, in der die Detailfragen ganz und gar unterschiedlich geregelt werden können, also diese freie Verfügungsbefugnis, ist für bestimmte Autoren einfach nicht akzeptabel(34). Deshalb wird auch sehr stark kritisiert, daß der Gesetzgeber vollständig darauf verzichtet hat, die Mitarbeitspflicht eines Gatten im Betrieb des anderen Gatten zu regeln, wie es noch in § 1356 II a.F. geschehen war, weil gerade auf diesem Gebiet "seit Jahrzehnten die familienrechtlich schwierigsten Probleme auftauchen, die insbesondere die Rechtsprechung belasten"(35).
In Wirklichkeit ist es einfach konsequent, auch im Sinne der Gleichberechtigung der Geschlechter, wenn der Gesetzgeber sich solcher Einzelregelungen enthält. Wenn er den Eheleuten ihren Bereich endlich überantwortet, muß er davon ausgehen, daß sie auch solche Fragen zu regeln imstande sind. Wacke sieht zwar auch eine Regelungslücke, schließt sie aber über § 1353, "denn die Mitarbeitspflicht ist nur eine besondere Ausprägung der allgemeinen Beistandspflicht des § 1353"(36), was einerseits eher vertretbar erscheint als eine direkte Regelung, letztlich aber dennoch bedenklich, weil dadurch die Wertung des Gesetzgebers einfach negiert, außerdem die Einigungsverantwortung der Eheleute gehemmt wird.

---

(33) Wacke,FamRZ 77, 517; vgl. auch Ruthe, FamRZ 76, 416

(34) z.B. Bosch,FamRZ 77, 570, 572; positiv hierzu aber Tourneau, Jenseits des Rechts, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.13

(35) vgl. Pal.-Diederichsen zu § 1356, Anm. 4; Bosch,FamRZ 76, 401; 77, 571 f., der S.572 hierin wieder ein Indiz für die "Zerstörung des Ehebildes" eine "Sinnentleerung mit gewichtigsten Rechtsfolgen" und dadurch die Rechtsprechung zu §§ 844, 845 BGB in Frage gestellt sieht; a.A. Lüke, (Fn 10), S.635, Fn 36, der diese unverändert weiter nutzen will; vgl. hierzu auch Wacke, FamRZ 77, 519 f.; MünchKomm-Wacke § 1353 RdNr.41 bedauert übrigens, daß das 1.EheRG keine Schadensersatzfragen für Ehestörungen Dritter und des anderen Gatten geregelt hat, auch Diederichsen, NJW 77, 217 f.

(36) Wacke, FamRZ 77, 519; er bedauert dort aber auch, daß die Vergütungsfrage hinsichtlich der Mitarbeit nicht geregelt sei "Ein volkstümliches Gesetzbuch sollte diesbezüglich wenigstens eine Empfehlung aussprechen; ähnlich schon Kropholler, Gleichberechtigung durch Richterrecht, 1975, S.19; vgl. auch MünchKomm-Wacke § 1356 RdNr.19 ff. - 28

(37) Büdenbender, FamRZ 76, 662 betont die große Bedeutung des § 1357; vielfach besteht aber auch die Auffassung, die dortigen Fragen und Probleme ließen sich ebensogut, wenn nicht besser, mit Hilfe von anderen Rechtsinstituten lösen,

ad) § 1357 ist nicht hinsichtlich der Gleichberechtigung, sondern grundsätzlich umstritten[37] Struck weist wegen des starken Gläubigerschutzes sogar recht überzeugend den Verstoß des § 1357 gegen Art.6 GG nach[38], während Wacke der Ansicht ist, daß die gesamtschuldnerische Haftung beiderEhegatten im Gläubigerinteresse dringend geboten sei und diese überdies nicht von dem Zufall abhängen dürfe, welcher Ehegatte eine bestimmte Besorgung für die Familie vornimmt[39].

Man wird also sagen müssen, wenn schon an § 1357 festgehalten wird, dann hat die Regelung in dieser Weise vorgenommen werden müssen, die die gleichberechtigte Partnerschaft und die Rollenflexibilität darin als Ausgangspunkt hat und konsequent Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung verwirklicht[40], denn Büdenbenders Argumentation, es sei damit für die Hausfrauenehe das alte Nutzverwaltungsrecht des Ehemannes de facto wieder eingeführt, weil eben anschaffungsfreudige Ehemänner zu Lasten des Frauenvermögens umfassende Rechtsgeschäfte tätigen könnten[41], überzeugt nicht. Dann könnten ja auch anschaffungsfreudige Ehefrauen zu Lasten ihres Mannes "umfassende Rechtsgeschäfte" tätigen, dabei ist doch der Umfang der "Schlüsselgewalt" für beide Ehegatten begrenzt auf die Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs. Woher außerdem die arme nicht erwerbstätige Hausfrau, die Büdenbender beschützen will, das große Vermögen haben soll, zu dessen Lasten der verschwendungssüchtige Mann agiert, ist auch nicht ersichtlich.

Im Rahmen der hier interessierenden Problematik ist noch Wackes Kritik an § 1357 II. zu erwähnen[42], die sich zurecht dagegen

---

(37) vgl. z.B.Struck, MDR 75, 450; Adomeit, (Fn 5), S.79 weist darauf hin, durch § 1357 werde die Eigentumsvermutung des § 1362 überspielt.

(38) lediglich der Gläubigerschutz erweise sich als reale Funktion der Schlüsselgewalt, was zu einer Benachteiligung der Ehe führe; die Verfassungswidrigkeit ist also unausweichliche Konsequenz, Struck, MDR 75, 449; a.A. Wacke, FamRZ 77, Büdenbender, FamRZ 76, 664 spricht auch von einer Übersicherung durch die grds. Gewährung von zwei Schuldnern; vgl. auch Gernhuber, (Fn 2), S.131 und ders. Familienrecht, S.172 f.; MünchKomm-Wacke begrüßt den starken Gläubigerschutz und bewertet die gesamten Änderungen der Norm positiv, §1357 RdNr. 1, 4

(39) Wacke, FamRZ 77, 521

(40) Die verbal frauenfreundlichen Autoren werden allerdings nie müde zu betonen, daß die Frau jetzt viel schlechter gestellt sei als bei der früheren Ausfallhaftung; sie verteilen gern Almosen, vgl. Bosch, FamRZ 76, 401; 77, 572; 75,425

richtet, daß eine Entziehung gem. Abs.2 nicht erst nach vorheriger vormundschaftsgerichtlicher Kontrolle des rechtfertigenden Grundes erfolgen darf. Hier werde es dem entziehungswilligen Ehegatten zu leicht gemacht, den Partner zu kränken, der auch noch seinerseits bei unberechtigtem Ausschluß das Gericht anrufen müsse. Wacke weist auch darauf hin, daß die BGB-Verfasser sich für diese Regelung auf das Entscheidungsrecht des Ehemannes berufen hätten(43).
Also handelt es sich hier um ein Problem der Gleichberechtigung der Geschlechter, denn dem Mann darf solch ein Verfügungsrecht hinsichtlich der Frau ebenso wenig eingeräumt werden wie dieser über ihn. Solche Befugnisse sind mit der Auffassung der Ehe als einer gleichberechtigten Partnerschaft nicht vereinbar, sodaß es nicht ausreicht, sie auf beide auszudehnen, sondern sie müssen ganz abgeschafft werden.

ae) Im ehelichen Unterhaltsrecht kritisiert Dieckmann, daß der Gesetzgeber die Unterhaltsmuster für die einzelnen Ehetypen im Gesetz nicht deutlicher vorgezeichnet hat(44). Er unterstellt dem Gesetzgeber erneut, sich für den Konfliktfall dem Leitbild der Berufstätigenehe verschrieben zu haben und moniert in diesem Zusammenhang, daß wohl beide Partner das Recht hätten, erwerbstätig zu sein, daß aber die Ehefrau nicht mehr das Recht habe, ihrerseits das Muster der Hausfrauenehe zu wählen und einfach zu Hause zu bleiben, sondern daß wegen der Notwendigkeit des "gegenseitigen Einvernehmens" sie gezwungen sein könnte, gegen ihren Willen berufstätig zu werden. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß in § 1360 weiterhin vorgesehen sei, daß derjenige Teil, der die Haushaltsführung übernommen habe, seine Unterhaltspflicht in der Regel durch eben diese Haushaltsführung erfülle. Wegen § 1356 setzt eben diese Regelung den vorherigen Konsens voraus.

---

(41) vgl. Büdenbender, FamRZ 76, 663 u. 664 f., der auch die Verfassungsmäßigkeit des § 1357 bejaht; zu dieser auch Gernhuber, (Fn 2), S.133

(42) so ist die weitere Verwendung des Begriffs Schlüsselgewalt umstritten, vgl. Büdenbender, FamRZ 76, 663; Gernhuber,(Fn2) S. 131; Lüke, (Fn 10), S.636; Wacke,FamRZ 77, 520 nennt den fraglichen Problemkreis "Solidarwirkung familiärer Bedarfsdeckungsgeschäfte"; zu weiteren Einzelproblemen, insbes.dem Verhältnis des § 1357 zu anderen Normen Büdenbender, FamRZ 76, 671 f. und MünchKomm-Wacke § 1357 RdNr.10 + 15 ff.

(43) Wacke, FamRZ 77, 525; auch Rolland,§ 1353 RdNr.24 betont, dies müsse das allerletzte Mittel sein; nach Bastian/Roth-

Seine Bedenken hinsichtlich der mangelnden Einzelausgestaltung sind nicht schlüssig, denn die Rechtsfolgen für die jeweils gewählte Eheform ergeben sich aus der offenen Formulierung ebenso eindeutig(45).Und obwohl die Berufstätigenehe in hohem Maße Gleichberechtigung ermöglicht, hat der Gesetzgeber kein derartiges Leitbild geschaffen oder favorisiert.(46) Die Anforderungen an das "Einvernehmen" sind ja recht gering, wenn man das "Überlassen" in § 1356 I 1 bedenkt, überdies wäre es schließlich in der Tat eine ungerechtfertigte Belastung des Mannes, ihn gegen seinen Willen zu zwingen, einen zweiten Menschen zu unterhalten. Da ist der Zwang zur Berufstätigkeit bei nicht vorhandener Einigung erträglicher und logisch, denn jeder Mensch muß zunächst einmal davon ausgehen, daß er sich ein Lebenlang selbst ernähren muß. Aber hier machen sich eben wieder die anders gerichteten volkswirtschaftlichen Interessen bemerkbar, die die Ehe gern weiter als Versorgungsinstitut sähen, zumindest für Zeiten der Rezession.
Bei § 1361 geht die Kritik in die gleiche Richtung wie im nachehelichen Unterhaltsrecht: die Tatsache eben der Nichtberücksichtigung des Verschuldens bei der Unterhaltszumessung könne häufig zu ungerechten Ergebnissen führen(47). Diese "ungerechtfertigten" Ergebnisse sind aber sachgemäß, wenn die Bedürftigkeit gegeben ist und leichter zu ertragen als der Strafcharakter im Unterhaltsrecht.

b) Scheidungsrecht

Nach Ansicht von Dieter Schwab hat das neue Scheidungsrecht, "obwohl aus einer Art 'Großen Koalition' von BT-Mehrheit und BR-Mehrheit geboren, die gesellschaftliche Grundstimmung nicht ge-

---

Stielow/Schmeiduch sind Abmahnung und eine Aussprache vorausgesetzt.

(44) Dieckmann, (Fn 9), S.130 ff.

(45) vgl. aber Ramm, JZ 70, 753 ff.; 75, 512 und ders. Grundgesetz und Eherecht, 1972, S.34 ff., 41 ff.; nach Wacke, FamRZ 77, 526 ändert die geschlechtsneutrale Formulierung nicht viel.

(46) Wacke, FamRZ 77, 526; er sieht überdies die Zusammenhänge mit dem Deliktsrecht für zu wenig durchdacht an, vgl. ausführlich hierzu MünchKomm-Wacke § 1360 RdNr 23 - 26; für den Fall eines latenten Zwangs zur weibl.Erwerbstätigkeit sieht Bergerfurth,Eherecht, S.93 die Ehe gefährdet.

(47) vgl. Parche, NJW 79, 139: der "Kriegsschauplatz" aus dem

troffen[48]. Sein endgültiges Gesicht hat dieses neue Recht ja erst " in letzter Minute" (des Gesetzgebungsverfahrens) bekommen, wo gerade noch durch den Vermittlungsausschuß "Verbesserungen durchgesetzt wurden", wie konservative Kräfte immer wieder betonen[49].

Zum einzigen Scheidungsgrund "Scheitern der Ehe " sei gleich ein sehr polemisches, beinahe zynisches Zitat wiedergegeben, das ganz gut die Stimmung zeigt, auch auf Mißverständnisse hinsichtlich des neuen Scheidungsrechts hinweist; bei der Hauptversammlung des Haus- und Grundbesitzervereins 1978 sagt ein Vorsitzender: "Unter dem neuen Scheidungsrecht ist es einfacher, eine Ehe aufzulösen als ein Mietverhältnis; da gilt das Zerrüttungsprinzip nicht"[50].

In der Tat hat man sich mit der Hinwendung zum Zerrüttungsprinzip noch lange nicht abgefunden[51], auf verschiedenste Weise wird versucht, doch Verschuldensaspekte in das Scheidungsverfahren einzubringen, und streckenweise hat auch der Gesetzgeber dieser Tendenz Vorschub geleistet.

So wird von vielen Autoren hervorgehoben, daß auch in der Fassung des Gesetzes, wie sie jetzt vorliegt, das Verschulden an der Zerstörung der Ehe nicht ganz unerheblich geworden sei[52], und Dieckmann hält es ohnehin für eine Fehlvorstellung, "ein Zerrüttungsscheidungsrecht dringe nicht in die Intimsphäre der Partner ein. Das Gegenteil trifft stets dann zu, wenn der Richter die 'heillose Zerrüttung' oder aber das 'Scheitern' der Ehe ernstlich überprüfen muß"[53].

---

früheren Scheidungsprozeß hat sich in den Unterhaltsrechtsstreit verlagert. Schwere Eheverfehlungen sind nach wie vor erheblich; vgl. auch Wacke, FamRZ 77, 527

(48) Schwab, FamRZ 77, 769; vgl. auch seine polemische wortspielerische Kritik an § 1564, FamRZ 76, 492

(49) z.B. Kommissariat der deutschen Bischöfe, FamRZ 77, 699

(50) Frankfurter Rundschau vom 16.9.78 "Aufgespießt"

(51) Giesen, (Fn 5), S.18 kritisiert immer noch die "Wertblindheit gegenüber den Ursachen der Ehezerrüttung"; Roth-Stielow, FamRZ 77, 766 hält sogar die Scheidung ohne Rücksicht auf die Gründe für das Scheitern für verfassungsrechtlich bedenklich. Umdenkmängel auch bei Bergerfurth, Eherecht, S.57

(52) vgl. z.B. Bosch, FamRZ 77, 569, 577, 579; Dieckmann, (Fn 9), S.129; Roth-Stielow, FamRZ 77, 766; zur Berücksichtigung von Eheverfehlungen hinsichtl.des Sorgerechts Coester, FamRZ 77, 217 ff.

(53) Dieckmann, (Fn 9), S.129; vgl. auch Böhmer, StAZ 76, 238; zu den Schwierigkeiten dieser Prüfung Giesen/Gick, JR 79,2;

In Wirklichkeit ist dies nicht zwingend, denn je nach Verständnis der Scheiternsprüfung unterscheidet sich auch die Intensität des Eindringens in die Intimsphäre. Dieckmanns Aussage legt aber den Schluß nahe, daß diese Prüfung in der Tat so vorgenommen werden wird, daß der Richter die Ehe genauestens zerpflückt, was sich im übrigen aus der tatsächlichen Praxis der Gerichte auch bereits so ergibt(54).

ba) So bewahrheiten sich Dieckmanns Bedenken nicht, dem die Scheidung über die Generalklausel § 1565 I zu "schnell und einseitig" möglich ist, sodaß er auch in § 1565 II eine begrüßenswerte Abschwächung der uneingeschränkten Scheidungsmöglichkeit sieht, die die Generalklausel des § 1565 in der ursprünglichen Fassung geboten habe(55).
Lüke hält dagegen zu Recht für möglich, Verschuldensdenken weitgehend aus dem Scheidungsrecht auszuklammern, denn er hält das Zerrüttungsprinzip im Gesetzestext für so weit verwirklicht, daß es "der Rechtsprechung möglich sein müßte, gescheiterte Ehen menschenwürdig und gerecht zu behandeln"(56). Er ist einer der wenigen Autoren, die das Zerrüttungsprinzip überhaupt konsequent verstehen und zu Ende denken. Mögen die Äußerungen für das Zerrüttungsprinzip während der Reformdiskussion noch so einhellig gewesen sein, wer von Zerrüttung sprach, meinte doch meist verschuldete Zerrüttung, verantwortete Zerrüttung etc. Einzig die Ausführungen bei Lüke zeigen das Ehe- und gleichzeitig Zerrüttungsverständnis, das dem neuen Gesetz zugrundeliegt und vor allem weiterhin zugrundegelegt werden muß. Er schließt sich Ernst Wolf an, der formulierte: "Wer heiratet, legt sein Leben in die Hand des anderen und räumt ihm die Möglichkeit ein, es - schuldhaft oder nicht - zu zerstören. Das Recht kann diese natürliche Sachlage nicht aufheben"(57). Somit ist eine Ehe auch zerrüttet,

---

(54) vgl. die Ausführungen und Beispiele bei Giesen/Gick, JR 79,2 Allgemein kritisiert Giesen, (Fn 5), S.16 immer noch das Gemisch aus Fristentatbeständen und GEneralklausel, "durch das die Nachteile beider Zerrüttungstatbestände kumuliert und die eigentlichen Ziele der Reform schon wieder in Frage gestellt" würden.

(55) Dieckmann,(Fn 9), S.124, dort auch Fn 25; er argumentiert aber nicht ganz logisch, denn wenn der Richter wirklich in die Intimsphäre eindringen muß, geht der Vorwurf der "einseitigen und schnellen" Scheidung ins Leere; auch Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch sehen § 1565 Rz 25 die Ehe wieder zur Disposition der Parteien und damit einen Verstoß gegen Art.6 I GG

(56) Lüke, (Fn 10), S.637; Schwab,FamRZ 76, 497 hält im übrigen

wenn nur ein Ehegatte ernsthaft aus der Verbindung strebt, und was mit "Verstoßensscheidung" bezeichnet wird, ist eine Konsequenz aus dem Zerrüttungsgedanken, der allein eine sachgerechte Regelung der Ehescheidung erlaubt(58).

Im Gegensatz dazu sind immer noch solche Argumente zu hören: "Besonders ratlos macht, daß es zur Scheidung künftig 'aus einer Laune heraus' kommen kann; daß es möglich sein soll, eine Ehe nach dem Ablauf bestimmter Trennungsfristen gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten auch dann scheiden zu lassen, wenn sie in Wirklichkeit nicht zerrüttet ist"(59). Von einer Laune zu sprechen, wenn der Scheidungswille bei Einvernehmen 1 Jahr, sonst aber 3 Jahre lang vorgelegen haben muß, wird der Problematik nicht gerecht, und eine Ehe, die nach 3 Jahren der Trennung noch nicht zerrüttet sein soll, ist kaum denkbar.

Nur aus solchen Fehleinschätzungen heraus wird auch immer noch dem Begriff der Zerrüttung nachgetrauert, bzw. seine Umwandlung in den des Scheiterns schlichtweg als inhaltlich irrelevant definiert(60), dabei zeigt Lüke zurecht auf, daß die Auffassung des Gesetzgebers gewesen sei, "diese Änderung solle sprachlich und optisch zum Ausdruck bringen, daß das Mißlingen der Ehe unabhängig vom Verhalten der Ehegatten eintreten kann"(61). Nur diejenigen Autoren, die hinsichtlich der Zerrüttung konsequent sind, beurteilen auch § 1565 II zutreffend negativ, nämlich als unnötige Durchbrechung des Zerrüttungsprinzips(62).

---

die Richter für überfordert, wenn sie den psychischen und physischen Gesamtzustand der Ehegatten prüfen sollen und schlägt eine"Vergröberung der Zerrüttungsprüfung" vor, ausführlich auch ders. Handbuch des Scheidungsrechts, 1977, RdNr.100 ff.

(57) Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, 1959, S.300

(58) Lüke, (Fn 10), S.638; auch Schwind, Ehe und Recht, in:FS Bosch, S.924, dieser aber eher aus Resignation; a.A. Roth-Stielow, FamRZ 77, 767; auch der Rat der EKD, FamRZ 77, 701; vgl. auch Coester, FamRZ 77, 218 f. zum Zerrüttungsprinzip der DDR, das im Gegensatz zu unserem schuldorientiert sei.

(59) Kommissariat der dt.Bischöfe, FamRZ 77, 699; nach dem Rat der EKD, FamRZ 77, 701 ist das Zerrüttungsprinzip "auf die Spitze getrieben"; nach OLG Köln, FamRZ 77, 792 ist es aber verfassungskonform, als Grund für Eheauflösung nur das Scheitern vorauszusetzen.

(60) z.B. Schwab, FamRZ 76, 495; MünchKomm-Wolf § 1565 RdNr.13; Rolland, § 1565 RdNr.6 sieht doch graduelle Unterschiede.

(61) Lüke, (Fn 10), S.638 .

(62) vgl. z.B. Lüke,(Fn 10), S.639; bei konsequentem Zerrüttungsdenken auch nach Gernhuber, (Fn 2), S.113; vgl. auch Böhmer, StAZ 76, 238 und Schröder, FamRZ 77, 768

Lüke schreibt: "Es ist zu befürchten, daß über diese Sperrvorschrift mit einer Härteklausel für den scheidungswilligen Ehegatten Verschuldensgesichtspunkte in das Scheidungsrecht einfließen und den Zerrüttungstatbestand aufweichen. Ich betrachte daher den § 1565 II als einen Fremdkörper. Eine gescheiterte Ehe ist zu scheiden; die Scheidung darf nicht davon abhängen, daß die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller eine unzumutbare Härte darstellt. Die Rechtsprechung sollte § 1565 II BGB 'großzügig' auslegen und annehmen, daß die Fortsetzung einer gescheiterten Ehe regelmäßig unzumutbar ist"(63).

Die Durchbrechung ist besonders bedenklich bei der großen Bedeutung, die für die Scheidung gem. § 1565 zu erwarten war und nun für § 1565 II zu erwarten ist(64), da die meisten scheidungswilligen Menschen auch das relativ kurz erscheinende Jahr nicht abwarten können oder wollen(65).

Von daher wird auch die gerichtliche Auslegung der Begriffe "Gründe in der Person" und "unzumutbare Härte" nach dem neuen Recht eine nicht zu unterschätzende Bedeutung haben(66). Die streitigen Scheidungen laufen nun nach altem Muster ab(67); hier sind die Veränderungswünsche fehlgeschlagen.

Dabei ist der Sinn der Aufrechterhaltung auch objektiv gescheiterter Ehen absolut nicht zu erkennen, und es bleibt unklar, was

---

(64) so Kniebes, DRiZ 76, 327 mit ausführlicher und guter Begründung; auch Damrau, NJW 77, 1622, weil auch Härtefälle vorgetäuscht werden können; vgl. auch Adomeit,(Fn 5), S.72 f. u. MünchKomm-Wolf § 1565 RdNr.4; a.A. noch Lüke, (Fn 10), S.639 und Bürgle, FamRZ 73, 511 hinsichtlich des entsprechenden Änderungswunsches des BR ; inzwischen zeigt sich die große Bedeutung des § 1565 II an der Vielzahl der diesbezüglichen Entscheidungen, vgl. auch Brüggemann, FamRZ 78, 93; Münch-Komm-Wolf § 1566 RdNr.9 + 61 erwartet allerdings noch größere Bedeutung für Vorspiegelung des Fristablaufs

(63) Lüke, (Fn 10), S.639

(65) MünchKomm-Wolf, § 1565 RdNr.4; Rolland, § 1565 RdNr.26

(66) Kniebes, DRiZ 76, 327; MünchKomm-Wolf § 1565 RdNr.88: "Unzumutbare Härte als gesetzlicher Tatbestand öffnet der Willkür Tür und Tor"; RdNr.40 führt er aus, daß darüber, ob mehr formalisierte einverständliche Scheidungen gem. § 1566 oder vereinbarte Scheidungen nach § 1565 abgewickelt würden, die Auslegung des § 630 III ZPO entscheiden würde und müsse; zur Begrifflichkeit von § 1565 II vgl. Gernhuber, Die integrierte Billigkeit, in: FS Tübingen,S.201 und 219

(67) vgl. Haffner in: Pizzey, Schrei leise, 1978, S.172; ergibt sich auch bei Schröder,FamRZ 77, 767; in der Rspr. ist zum Teil auch die Tendenz zu beobachten, das 'Waschen der schmutzigen Wäsche' wirklich zu vermeiden, vgl. OLG Karlsruhe,NJW 78,1388, das das Ruhen des Verfahrens anordnet.

eine solche Norm in einem nach Zerrüttungsgedanken gestalteten Scheidungsrecht zu suchen hat.
Daran ändert sich auch nichts, wenn man sie als Rechtsmißbrauchsklausel definiert[68], denn dadurch kommt wieder der völlig systemfremde Schuld- und Strafgedanke herein, der hier nichts zu suchen hat.

bb) Auch Habscheid sieht das Zerrüttungsprinzip nicht konsequent verwirklicht, allerdings aus gegenteiligen Gründen. Er kritisiert bei § 1566, daß in Wirklichkeit nicht das Scheitern der Ehe, sondern aufgrund der unwiderleglichen Vermutungen die Heimtrennung der Scheidbarkeit begründe. "Dann aber ist im neuen Scheidungsrecht nicht das o b j e k t i v e Z e r r ü t t u n g s p r i n z i p allein maßgeblich, sondern gleichberechtigt oder sogar vorrangig auch ein "Trennungs"- oder "Fristenprinzip" "[69]. Er spricht sogar von "Scheidungsautomatismus"[70].
Dabei kann bei der allgemein geforderten strengen Prüfung des Vorliegens der Trennung von Automatismus nicht die Rede sein[71]. Und wenn Hillermeier die Vermutungen und vor allem ihre Unwiderleglichkeit als bedenklich im Sinne von Art.6 GG beurteilt, da hier der Gedanke einer zeitlichen Befristung der Ehe in das Gesetz getragen sei[72], so widerlegt er seine Bedenken dort selber, indem er ausführt, daß in den seltensten Fällen überhaupt ein Tatsachenvortrag denkbar sei, der im Hinblick auf die Widerlegung der Vermutung schlüssig ist.
Dennoch wird auch im Rahmen von § 1565 II wieder von "Verstossensscheidung nach Fristablauf" gesprochen[73], und aus mangeln-

---

(68) z.B. Hillermeier, FamRZ 76, 578; Roth-Stielow, FamRZ 77,766 kritisiert darüber hinaus, daß eine solche nur in § 1565 II zu finden, Rechtsmißbrauch sonst nicht zu beachten sei.

(69) Habscheid,Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, in: FS Bosch S.365; vgl. auch Hillermeier, FamRZ 76, 578; im Grunde ist dies erst seit § 1565 II so. S.366 wirft Habscheid dem Gesetzgeber Unehrlichkeit vor; er habe sich gescheut, einfach direkt zu sagen, 'nach der und der Zeit wird die Ehe geschieden' und habe sich quasi hinter dem Zerrüttungsprinzip versteckt. Giesen/Gick, halten § 1566 II für verfassungsgemäß, JR 79, 4, Art.6 schütze nicht gescheiterte Ehen.

(70) Habscheid,(Fn 69), S.356; Hillermeier, FamRZ 76, 579; vgl. hierzu auch ähnlich Odin,FamRZ 78,1; wird widerlegt von Giesen/Gick, JR 79,3

(71) die Gerichte prüfen das Vorliegen der Trennung sehr streng, u.auch die bisher geringe Bedeutung des § 1566 spricht hiergegen, vgl. Giesen/Gick, JR 79,4

(72) Hillermeier, FamRZ 76, 578; Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch

der Konsequenz hinsichtlich des Zerrüttungsgedankens folgt auch Habscheids Kritik hinsichtlich der Vermutungen.
Er sieht durch Art.6 I GG "zum Schutze der Ehe als solcher, zum Schutze des nicht scheidungswilligen Partners, und weil die Scheidung strikte Ausnahme bleiben muß - strengste Einzelfallgerechtigkeit" gefordert(74). Die Gerechtigkeit ist aber schon deshalb gesichert, weil ein berechtigtes Interesse, eine gescheiterte Ehe aufrechtzuerhalten, nicht besteht, schon gar nicht, um der "Ehe als solcher" willen.
Die Vorteile der Vermutungen erkennt Habscheid selbst auch:"Um den Preis optimaler Einzelfallgerechtigkeit gewinnt man durch das Fristenprinzip einen festen, objektiven gesetzlichen Tatbestand, der sogar meist auch den Schluß auf eine bestehende Zerrüttung rechtfertigt. Ermessensentscheidungen der Gerichte werden vermieden, die Rechtssicherheit wird gestärkt, für vielfältige schwierige Zeugenaussagen, für jahrelanges Prozessieren, für ein Eindringen in die Intimsphäre der Parteien bleibt kein Raum, eine 'Scheidungsgeographie' wird hinfällig. Aber ist dieser Preis nicht zu hoch?"(75).
Hier ist ihm nur mit 'nein' zu antworten, denn dem noch ehewilligen Gatten wäre auch bei widerleglicher Vermutung gar nicht geholfen. Zu scheiden wäre die Ehe in jedem Fall, da sie mangels Ehewillens des Antragstellers gescheitert ist, und dem Antragsgegner wird auf diese Weise unnötige Quälerei erspart, sodaß die Vorschrift letztendlich sogar in dessen Interesse zu begrüßen ist.
Bei der einverständlichen Scheidung gem. § 1566 I werden solche Fragen selten aufgeworfen, nur Habscheid äußert,auch hier Beden-

---

vor §§ 1564 ff. Rz13 halten § 1566 I für verfassungswidrig; auch § 1566 Rz 3

(73) Habscheid, (Fn 69), S.376; a.A. Rolland vor § 1565 RdNr.8 f. nach Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch § 1566 Rz 3 kann in Abs.2 Rechtsmißbrauch vorliegen - damit Verstoß gegen Art. 20 III; vom Gesetz her besteht diese Gefahr nach Kissel, DRiZ 78, 226 nicht.

(74) Habscheid, (Fn 69), S.371; vgl. auch Hillermeier, FamRZ 76, 579; MünchKomm-Wolf vor § 1564 RdNr.4 sieht für § 1566 keinen Verfassungsverstoß, während Habscheid einen solchen noch mit verschiedensten Einzelbegründungen herleitet, vgl.S.373 ff.

(75) Habscheid, (Fn 69), S.377

ken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art.6 I GG(76), was sich bei ihm aber daraus ergibt, daß er der Institution Ehe vor dem Interesse der sie bildenden Eheleute Vorrang gewährt, was abzulehnen ist(77).
Das momentane Scheidungsrecht verstößt nicht nur nicht gegen Art.6 I GG, es entspricht diesem in hohem Maße, falls es so angewendet wird, wie es konzipiert ist, da es dann in der Tat ermöglicht, effektive "Nicht-Mehr-Ehen" menschenwürdig aufzulösen, was Art.6 I GG auch mit seinem Prinzip der Unauflöslichkeit der Ehe nicht verbietet, sondern geradezu fordert, denn sicher sollen nur wirkliche E h e n unauflöslich sein, nicht reine Formalehen(78).

bc) § 1567 bot nicht viel Anlaß zur Kritik. Allerdings macht Schwab darauf aufmerksam, daß sowohl § 1567 I 1 unklar formuliert sei, der erst im Hinblick auf die Zwecke des § 1566 interpretiert werden müsse(79), zum anderen sei auch § 1567 I 2 sprachlich mißglückt, der das Nichtbestehen der häuslichen Gemeinschaft mit dem Getrenntleben definiere, während in Abs.1 S.1 das Getrenntleben mit der Aufgabe der häuslichen Gemeinschaft definiert werde(80).
Hinsichtlich § 1567 II kritisiert Schwab inhaltlich, daß Zeiten kürzeren Zusammenlebens als Getrenntleben fingiert würden, weil möglicherweise "eine ernsthafte Wiederversöhnung im Wege der Fiktion für irrelevant" erklärt würde(81).
Auf diese Weise sollte aber gerade von Versöhnungsversuchen nicht

---

(76) Habscheid, (Fn 69), S.367, zur Vereinbarkeit mit Art.6 I in verfahrensrechtlicher Hinsicht, S.366 - 377; vgl. aber Schröder, FamRZ 77, 768: "Es gibt keinen Erfahrungssatz, wonach eine Ehe stets gescheitert ist, wenn die Parteien ein Jahr getrennt leben, wohl aber spricht einiges dafür, daß eine Ehe gescheitert ist, wenn beide Parteien die eheliche Situation so beurteilen".

(77) Es darf nicht mehr zu dem entwürdigenden Schauspiel kommen, in dem Eheleute heuchlerisch ihre Scheidung bewirken, was sie ja schon immer konnten, wenn sie beide wollten.

(78) MünchKomm-Wolf § 1566 RdNr.1 sieht das Gesetz in das Dilemma verstrickt, die einverständliche Scheidung zuzulassen, dieser Form der Scheidung aber gleichzeitig zu mißtrauen. Übrigens hält OLG Hamburg, NJW 78, 1982 die §§ 1564, 1565, 1567 I 1 für verfassungskonform.

(79) Schwab, FamRZ 76, 500; das subjektive Erfordernis dürfe nicht zur 'kleinen Zerrüttungsprüfung' ausgestaltet werden.

(80) Schwab, FamRZ 76, 501; auch MünchKomm-Wolf § 1567 RdNr.25 rügt diesen Redaktionsfehler und weist RdNr. 46 auf einen weiteren hin; vgl. auch Damrau, NJW 77, 1623.

abgeschreckt werden, sodaß es bedenklich erscheint, wenn Schwab für einschränkende Auslegung des § 1567 II plädiert und die eindeutige Wertung des Gesetzgebers unterläuft. Es wird daraus aber deutlich, daß die Wertungen des Gesetzgebers nicht einmal respektiert werden, wenn sie so bekannt sind wie in diesem Falle.

bd) So besteht bei § 1568 die Tendenz, die Motivation des Gesetzgebers zu überdehnen.
Auch Autoren, die einerseits mehrfach hervorheben, daß wirklich nur ganz außergewöhnliche Härten zu berücksichtigen seien - die Gewährung der Scheidung müße gegen das Gerechtigkeitsempfinden grob verstoßen -, legen dann andererseits die Voraussetzungen derartig weit aus, daß ein solcher Härtefall praktisch bei jeder Scheidung gegeben wäre, und man sich bloß darauf zu berufen hätte(82).
So sieht z.B. Schwab die Verdrängung der Frau aus ihrem gewohnten Lebensbereich als solche Härte, weil für die Frau "nach heute noch landläufiger Auffassung schon die Tatsache, daß sie überhaupt verheiratet ist, die Zuweisung sozialen Stellenwertes" bedeute(83), und er setzt noch nicht einmal eine innere Bindung an die Ehe voraus, sondern es genügt z.B., wenn der Antragsgegner allein aus Versorgungsgründen die Scheidung ablehnt(84).
So würden Wertungen des Gesetzgebers in doppelter Hinsicht verdrängt, zum einen der Ausnahmecharakter der Klausel, zum anderen bezüglich der Berücksichtigung von wirtschaftlichen Härten.
Dabei ist eine Ehe, in der beide Gatten nicht mehr ehewillig sind und der eine nur noch aus finanziellen Gründen daran festhält, alles andere als schutzwürdig! Aber man kann hier leicht

---

(81) Schwab, FamRZ 76, 501

(82) Schwab, FamRZ 76, 505; ausführliche Darstellung von Konflikten, Problemen u.Härten, die durch u.nach der Scheidung auf dem menschlichen, seelischen Gebiet entstehen können, bei Roether, Ehe- und Scheidungskonflikte, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.121 ff.; der Behauptung subjektiver Empfindungen ist nach MünchKomm-Wolf § 1568 RdNr.77 in § 1568 Tür und Tor geöffnet; die Häufung der Worte, die den Ausnahmecharakter bezeichnen, ist geradezu eine Demonstration, daß die Härteklausel sehr restriktiv zu interpretieren ist, ebenda, RdNr.19; Gernhuber, (Fn 66), S.202 sieht in dieser Häufung allerdings auch die Spuren des Kompromisses

(83) Schwab, FamRZ 76, 505; dies reicht nach OLG Hamm, FamRZ 77, 802 ausdrücklich nicht für § 1568 aus.

(84) Schwab, FamRZ 76, 506; ähnlich Hillermeier, FamRZ 76, 579; Schwab will S.507 sogar ausreichen lassen, wenn der Unterhalt der Kinder gefährdet ist. S.504 moniert er die Formulierung als Sollvorschrift.

sehen, wozu es geführt hat, daß der Gesetzgeber aus Kompromißbereitschaft schwammige Formulierungen aufgenommen hat. Dinge, die er inzwischen nur nicht ausdrücklich verbietet, wie eben die Berücksichtigung wirtschaftlicher Härten, werden nun so gewertet, als würde er deren Berücksichtigung ausdrücklich fordern.
Daß sich das Gesetz dazu entschlossen hat, die Anwendung der Härteklausel des § 1568 auf 5 Jahre zu begrenzen, stößt auf entschiedene Kritik(85). Dadurch scheint wiederum die berühmt-berüchtigte "Verstoßensscheidung" komplettiert, während doch nur der Zerrüttungsgedanke konsequent vollendet ist, nachdem er zunächst durch die Härteklausel durchbrochen wurde.
Dennoch sehen diverse Autoren in der Befristung des §. 1568 einen Verstoß gegen Art.6 I GG(86).
Bosch fragt gar: "Soll nie ... der Triumph der Niedertracht (und läge der Fall auch ganz klar vor aller Augen) verhindert werden können? "(87). Eine solche dem Zerrüttungsprinzip vollständig zuwiderlaufende Haltung, die ja wieder auf Rechtsmißbrauchs- u. Verschuldensdenken beruht, zeigt deutlich, wie schwer die Reform in die Wirklichkeit umzusetzen ist. Bosch sagt auch ganz klar: "Hierüber ist das letzte Wort noch nicht gesprochen: Die 5-Jahres-Klausel steht im Widerspruch zum Wortsinn und Begriffkern 'Ehe'; würde sie endgültig von unseren Rechtsgenossen und unseren Richtern akzeptiert, so hätten wir damit zivilrechtliche die Ehe auf Zeit bejaht. Die prinzipielle Endültigkeit des Ehegelöbnisses wäre verneint, - und dadurch, wie mir scheint, Art.6 I des Grundgesetzes verletzt, eine Verfassungsnorm, die sicher nicht die überhaupt unscheidbare Ehe garantieren will, die aber den Kern des Eheinstituts unter den besonderen Schutz auch der staatlichen Ordnung nimmt"(88).
Dies ist noch nicht einmal schlüssig, denn die Ehe wird nach wie vor auf Lebenszeit geschlossen, gerade die Trennungsmöglichkeit bei grundsätzlicher Unauflöslichkeit aber ermöglicht erst eine positive Bewertung des Instituts Ehe(89).

---

(85) z.B. Giesen, (Fn 5), S.17; Rat der EKD, FamRZ 77, 701

(86) Hillermeier, FamRZ 76, 579; Bosch, FamRZ 76, 401; 77, 574; ergibt sich auch bei Habscheid, (Fn 69), S.376; so entscheidet auch AG (FamG) Sulingen, FamRZ 77, 793, vgl. seinen Vorlagebeschluß, NJW 78, 184; a.A. MünchKomm-Wolf vor § 1564 RdNr 4 u. § 1568 RdNr.94; die Ansicht des FamG Sulingen wird scharf kritisiert von Lüke, NJW 78, 139 f.

(87) Bosch, FamRZ 77, 574; vgl. auch Giesen, (Fn 5), S.17, der es auch besonders empörend findet, daß sogar der "Zerstörer"

Deutlicher noch boykottiert Hillermeier die Verwirklichung des neuen Rechts: "Es ist aber abwegig, die Anwendung der Härteklausel gerade für solche Fälle zu verbieten, in denen die Härte nach fünf Jahren tatsächlich noch besteht und so schwer ist, daß sie die Scheidung der Ehe hindern müßte. Es bleibt abzuwarten, ob die Gerichte in derartigen - sicher seltenen-Fällen Veranlassung sehen werden, auf den das ganze Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zurückzugreifen"(90). Während Dieckmann zu Recht bemängelt, daß man zur Vermeidung wirtschaftlicher Härten, die ja in den Bereich des Scheidungsfolgenrechts gehört, gleich ins Recht der Scheidungsvoraussetzungen ausweicht(91), und Wolf hervorhebt, daß Ehen mit Kindern keinen besonderen Bestandsschutz haben(92), kritisiert Lüke die Härteklausel allgemein: "Jede Härteklausel, die trotz des Scheiterns der Ehe die Scheidung ausschließen soll, durchbricht das Zerrüttungsprinzip"(93). "Wenn man sich noch so sehr bemüht, derartige Härteklauseln objektiv und einschränkend zu formulieren: sie führen unvermeidbar zum Verschuldensprinzip und zum richterlichen Ermessen zurück. Die fehlende Rechtfertigung für die Scheidung wird immer darin gesucht werden, daß der Kläger die Zerrüttung der Ehe zu verantworten hat ... Fragwürdig sind Härteklauseln auch deshalb, weil sie etwas leisten sollen, was sie nicht leisten können. Die Härte für den sich gegen die Scheidung wehrenden Ehegatten liegt nicht in der Scheidung, sondern im Zerbrechen der Ehe, und gegen das Zerbrechen der Ehe selbst

---

den Scheidungsantrag stellen kann; AmtsG Sulingen, FamRZ 77, 793; vgl. schon Neuhaus,FamRZ 70, 349

(88) Bosch, FamRZ 77,574; Ambrock, FamRZ 78, 315 macht aber darauf aufmerksam, daß zumindest auch die Anwendung des § 1568 voraussetze, daß die Ehe gescheitert sei, und für solche Ehen gelte der Grundsatz der Lebenslänglichkeit nicht.

(89) Wenn es auch schwierig erscheint, sich im Alter von 20-30 Jahren wirkliche Liebe und gegenseitige Achtung für die nächsten 40 - 50 Jahre zuzusichern, so tun es doch die meisten Eheschließenden in der besten Absicht. Man darf ja schließlich auch nicht außer Acht lassen, daß sich durch die Verlängerung der Lebenserwartung auch die Ehezeit ungemein verlängert, und es liegt ja wohl auf der Hand, daß sich der Mensch im Laufe von 40 Jahren verändern kann.

(90) Hillermeier, FamRZ 76, 579; er sieht aber auch die Härteklausel im neuen Recht sozusagen als einzige Rettung an u. bedauert nur, sie sei noch zu unvollständig; a.A. Lüke, NJW 78, 140; Diederichsen, NJW 77,279; es wird sogar betont,es liege die wesentlichste Bedeutung der Härteklausel darin, daß daneben die Anwendung anderer Billigkeitsklauseln ausgeschlossen sei, MünchKomm-Wolf § 1568 RdNr.6 + 21; vgl. auch Rolland § 1568, RdNr.18 ff.

schützt ihn keine Härteklausel. Wirtschaftliche Härten wären an sich ein Gesichtspunkt. Jedoch ist es nicht Aufgabe des Scheidungsrechts, sondern des Scheidungsfolgenrechts, dafür zu sorgen, daß wirtschaftliche Nachteile für den geschiedenen Ehegatten soweit wie möglich ausgeschaltet oder ausgeglichen werden"(94). Dem ist nichts hinzuzufügen, denn klarer und schlüssiger kann man § 1568 nicht kritisieren und den Fehler des Gesetzgebers aufdecken.

c) Scheidungsfolgenrecht

Auch hier setzt die Kritik zunächst ganz grundsätzlich an. So bemängelt Bosch den falschen Ansatzpunkt, der im Prinzip der fortbestehenden Verantwortung hätte gesehen werden müssen, um nicht die Beweislast für die Voraussetzungen eines Unterhaltsanspruchs dem Berechtigten zu übertragen(95).
Der fortbestehenden Verantwortung der Gatten füreinander ist aber durchgängig Rechnung getragen, und die Beweislast trägt zu Recht der Berechtigte,schon weil er die Beweise für seine eigene Lage in der Hand hält. Der Grundsatz der Eigenverantwortung aber entspricht nicht nur der Gleichberechtigung am besten, sondern ist einfach lebensnah.
Allgemeiner Anknüpfungspunkt der Unterhaltsregelung ist im übrigen nicht die außerhäusliche beiderseitige Erwerbstätigkeit, wie Giesen behauptet(96), sondern die (ehebedingte) Bedürftigkeit

---

(91) Dieckmann,(Fn 9), S.126

(92) MünchKomm-Wolf § 1568 RdNr.3

(93) Lüke, (Fn 10), S.642; er sieht ja S.643 in § 1568 eine Einschränkung des Rechts auf Eingehung einer neuen Ehe, somit einen Verstoß gegen Art.2 GG; dagegen konkret wendet sich Ambrock, FamRZ 78, 314; MünchKomm-Wolf § 1568 RdNr.2 + 25 sieht keine Durchbrechung des Zerrüttungsprinzips.

(94) Lüke, (Fn 10), S.642; Adomeit, (Fn 5), S.73 erwartet übrigens für § 1568 ein "Nord-Süd-Gefälle" von weniger zu mehr Ehefreundlichkeit; durch die Anfügung des Abs.2 an § 1565 und die Ausdehnung der Härteklausel des § 1568 trage das neue Recht wieder deutlich Kompromißcharakter, vgl. Münch Komm-Wolf § 1564 RdNr.15

(95) Bosch, FamRZ 76, 402; ähnlich Giesen,(Fn 5), S.25, was sich aus dem System der Unterhaltsansprüche ergebe, lobend zum Enumerationsprinzip MünchKomm-Richter vor § 1569 RdNr 27 u. v.Westphalen DRiZ 78, 235, 236, der allerdings S.237 f.auch eine"Unterhaltsgeographie" erwartet.

(96) Giesen, z.B. (Fn 5), S.53; Gerade die soziale Stellung der Nur-Hausfrau sollte ja durch dieses Unterhaltsrecht verbes-

ca) Auch im Bereich des Unterhaltsrechts liegt für die meisten Autoren das Hauptproblem darin, daß Verschuldensmomente außer Betracht bleiben sollen. Wenn es den Anhängern des Verschuldensprinzips schon verwerflich erscheint, jemanden aus der Ehe zu entlassen, der diese verschuldetermaßen zerstört hatte (welches Paradoxon!), so erscheint es umso undenkbarer, daß es nun auch noch Fälle geben soll, wo der scheidungswillige "böse" Gatte nicht nur mit Freiheit "belohnt", sondern auch noch dafür bezahlt wird, nämlich u.U. einen Unterhaltsanspruch gegen den noch ehewilligen Gatten hat(97). Wenn Kinder zu erziehen sind, besteht dieser Anspruch sogar in jedem Fall - wegen § 1579 II(98).
Hier wird im Grunde die neue Unterhaltssystematik grundsätzlich abgelehnt, indem weder erkannt noch akzeptiert wird, an welche Kriterien der Unterhaltsanspruch jetzt anknüpft. Es soll mit der Unterhaltszahlung niemand für "gutes Benehmen" belohnt werden, sondern es geht um ein ganz sachliches Recht des ehemaligen Gatten, der bedürftig ist oder aus ehebedingten Gründen, wie eben z.B. der Notwendigkeit der Kinderpflege, außer Stande, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen.
Will man außerdem tatsächlich dem Bedürftigen Abstinenz hinsichtlich Gefühlen verordnen und ihm das Recht verwehren, nach der gescheiterten Ehe eine neue, glücklichere Beziehung zu suchen(99)? Man verstößt mit solchen Erwägungen eminent gegen die Menschenwürde und auch das Selbstverwirklichungsrecht des Art.2 GG, denn der Unterhaltsberechtigte wird zu Heuchelei und Versteckspiel gezwungen. Mit solcher Auffassung würde ein völlig ungerechtfertig-

---

sert werden. Hier kritisiert aber "Courage", August 1977, S. 10, daß die Frau nur dann einen geldlichen Ausgleich für ihre Arbeit in Haushalt und Familie erhält, nicht aber in der Ehe. Wäre dies anders, wäre das Scheidungsfolgenrecht hiervon auch nicht so überlastet, und die allgemeine Selbständigkeit würde gefördert.

(97) vgl. z.B. Kommissariat der dt.Bischöfe, FamRZ 77, 699; Rat der EKD, FamRZ 77, 701; Bosch, FamRZ 76, 407; 77, 578; auch Lange, Kontinuität und Diskontinuität in der Entwicklung des Familienrechts, in: FS Tübingen, S.366 betont, daß die Bewertung des Verhaltens nicht ganz unterbleiben könne; Dieckmann, FamRZ 77, 104 f.

(98) So wird immer wieder als Beispiel gewählt, wie furchtbar unbillig es sei, wenn eine Frau, die ihren Mann 'aus einer Laune heraus' verlassen habe, und die nach der Scheidung bedürftig ist, zu ihrem Liebhaber ziehen könne und dieses Konkubinat, diese "Unterhaltsonkelehe" von ihrem geschiedenen Mann finanziert werden müsse, z.B. in der Sendung "Bonner Perspektiven" im März 1978 im ZDF von CDU/CSU-MdB Benno Erhard vorgetragen und kritisiert; Dieckmann, FamRZ 77, 105 .

tes Überwachungsrecht für den Unterhaltsverpflichteten eingerichtet, die Unterhaltszahlung würde wieder zur Alimentierung von "Wohlverhalten" abgewertet(100).

Der Unterhaltsanspruch knüpft einzig und allein daran an, wer durch die Ehe, die Aufgabenverteilung darin, die dadurch geschaffenen Verhältnisse und Umstände bedürftig ist im Sinne dieser Vorschriften, und der Unterhaltsberechtigte wird nicht grundsätzlich dadurch weniger bedürftig, daß er mit jemandem zusammenlebt.

Eine Verfälschung und Verwässerung des unterhaltsrechtlichen Grundsatzes über die Härteklausel des § 1579 I Ziff.4 bahnt sich bereits an.

Kategorien wie "ehrloser und unsittlicher Lebenswandel"(101) haben weder im Scheidungsrecht noch im Scheidungsfolgenrecht etwas zu suchen. Solange keine Straftatbestände erfüllt sind, hat jeder Mensch das Recht, sein Leben nach seinem Belieben zu gestalten, und wenn eine Ehe (zum Unglück aller Beteiligten) gescheitert und geschieden ist, so ist die Verbindung der beiden Menschen damit beendet, auch die Verpflichtung, bei ihrer Lebensgestaltung aufeinander Rücksicht zu nehmen, und es darf nicht mit dem Unterhaltsrecht dem einen ein Druckmittel in die Hand gegeben werden, um dem anderen einen "Lebenswandel" bestimmter Art aufzuzwingen.

Hier geht es aber auch um Angst vor zu hohen Belastungen des Mannes (die Rollen im Unterhaltsrecht scheinen ja von vornherein fest verteilt). So ist Bosch sehr inkonsequent, wenn er einmal das Fehlen des Grundsatzes der fortdauernden Verantwortung, zum

---

(99) Zudem würde so auch am Versorgungsdenken festgehalten, das schon für die Ehe abzulehnen ist, von dem aber in einem Konkubinat überhaupt nicht ausgegangen werden kann.

(100) Es ist natürlich menschlich verständlich, daß demjenigen Gatten, der noch ehewillig ist und dennoch verlassen wurde es ausgesprochen ungerecht erscheint, wenn er noch den Lebensunterhalt seines ehemaligen Gatten finanzieren soll, aber nur durch Erzwingen solcher Lösungen hätte man ein Umdenken hier bewirken können. Sachlicher Charakter und Absehen von Strafe müssen ja auch verinnerlicht werden, vgl. zu dem Lernprozeß auch Vogel, Die rechtspolitischen und rechtsethischen Grundgedanken der Eherechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland, in: FS Broda, S.415; Böswilligkeit, Gehässigkeit und die Ehe als bequeme Alimentationsquelle passen nicht zur Ehe als partnerschaftliche Lebensgemeinschaft, Kissel, DRiZ 78, 227.

(101) vgl. bei Dieckmann, FamRZ 77, 105; auch Vogel, (Fn 100), weist S.417 darauf hin, daß zwischen Lebenswandel und Un-

anderen aber die Erweiterung der nachehelichen Alimentationspflichten kritisiert[102], die sich wiederum aus der Anknüpfung an sachliche Kriterien statt an personales Verhalten ergibt. Auch Dieckmann hebt hervor, daß das neue Recht jeweils den Maßstab der härtesten Unterhaltsklasse des alten Rechts entlehnt, die obere Grenze gewählt habe[103] und hält hier gleich § 1579 bereit[104].

cb) Auch Derleder/Derleder führen die restriktiven Tendenzen bei der Auslegung des Unterhaltsrechts darauf zurück, daß die Gefahr der zu starken Beanspruchung des Verpflichteten bestehe, da es möglich sei, daß "die verschiedenartigen Unterhaltstatbestände sich als eine Verlockung für denjenigen darstellen, der sie zu einem verschuldensunabhängigen Netz privater Versorgung zusammenknüpfen möchte"[105]. Sie wollen deshalb auch nur den Betreuungsunterhalt großzügig anwenden, es ist aber vielmehr vor der restriktiven Auslegung allgemein zu warnen.
Die Unterhaltsvorschriften sind - sich gegenseitig ergänzend und gleichzeitig begrenzend - so ausgewogen, ja auch vom Grundsatz der Eigenverantwortung überlagert, daß die Gefahr der zu weitgehenden Verpflichtung des materiell stärkeren Teils in Wirklichkeit nicht besteht. Die Ausgewogenheit wirkt sich im Grunde sogar auf die Kritik aus, denn wo die einen die zu starke Belastung des Verpflichteten fürchten, sehen andere eine Situation heraufbeschworen, in der "künftig auch dem sozial schwächeren Ehegatten künftig immer seltener Unterhalt zugesprochen

---

terhaltsbedürftigkeit keine soziale Beziehung bestehe.

(102) Bosch, FamRZ 77, 578; ähnliche Gedankengänge beim Kommissariat der dt. Bischöfe, FamRZ 77, 699 f., das die Ehe dann nur als Anspruchsgrundlage diskreditiert sieht, während sie doch in Wirklichkeit dadurch hoch bewertet wird. Verantwortungslosigkeit wird andererseits auch wieder bemängelt; so erwähnt der Rat der EKD, FamRZ 77, 700 lobend, daß die über die Ehe hinausgehende Verantwortung betont sei und die Scheidungsvoraussetzungen stattdessen objektiviert.

(103) Der Gesetzgeber habe sich zu solcher Regelung durch die öffentliche Kritik gezwungen gefühlt, Stichwort "Unfair zu Muttchen", Sebastian Haffner im "Stern", zit. nach Dieckmann, FamRZ 77, 84, vgl. auch S.83, 87; Schumacher, MDR 76, 881 f. hebt hier mehr die Einschränkungen gegenüber dem alten Recht hervor.

(104) Dieckmann, FamRZ 77, 88; aus seinem Bedürfnis heraus, sogar den Anspr. aus § 1570 möglichst einzuschränken kommt er S.93 zu einem abwegigen Ergebnis, indem er der Mutter den Betreuungsunterhalt verweigert, wenn sie das Kind von ihrem Ehemann nach der Scheidung zur Welt bringt.

werden wird"[106].

Giesen sieht durch das neue Unterhalts- und Versorgungsausgleichsrecht das Leitbild der Erwerbstätigkeit beider Ehegatten impliziert[107] und in der Schlechterstellung der nicht erwerbstätigen Ehefrau und Mutter im Bereich der sozialen Sicherheit ein Druckmittel in Richtung auf Erwerbstätigkeit und damit verfassungswidrigen mittelbaren Zwang[108].

Diese Schlechterstellung der nichterwerbstätigen Frau und Mutter hat nach dem alten Recht nicht nur genauso bestanden, sondern noch viel deutlicher. Dort war nicht nur bei bestehender Ehe die Frau von ihrem Mann vollständig abhängig, sondern auch nach der Ehe. Jetzt aber hat sie wenigstens u.U. einen sachlich begründeten Unterhaltsanspruch und durch den Versorgungsausgleich eine gewisse eigenständige Sicherung für den Fall daß die Ehe scheitern sollte. Somit müßte dadurch der Beruf Hausfrau eher attraktiver geworden sein, denn die Entscheidung, Hausfrau und Mutter zu sein, wird ja geradezu durch den Versorgungsausgleich belohnt. Daß in der Tat für die Zeit nach der Ehe nicht nur Arbeitsanreize für beide Gatten geschaffen werden, sondern faktisch die Verpflichtung zur Eigenverantwortung und Erwerbstätigkeit, sagt für das Leitbild der Ehe nichts aus, denn keine Ehe ist "auf Zerfall angelegt", sondern grundsätzlich auf Lebenszeit geschlossen, somit richten sich wohl nur die allerwenigsten Ehegatten in der Gestaltung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse nach dem Recht der eventuellen Scheidungsfolgen, sofern sie es überhaupt kennen[109].

---

(105) Derleder/Derleder, FamRZ 77, 588, 591, die S.594 auch noch auf das diesbezügl.Problem der Kausalitätsprüfung hinweisen; vgl. die Unterhaltsketten beschrieben auch bei Münch Komm-Richter § 1571 RdNr.10; auch Dieckmann, FamRZ 77,94 zu den Schwierigkeiten des Bestehens mehrerer Unterhaltsansprüche nebeneinander; S.87 warnt er grds. vor der "Refunktionalisierung"der Ehe als Unterhaltsverband nach ihrem Scheitern.

(106) Giesen, FamRZ 77, 597, wo er dies auch rechtsvergleichend belegt; dieses Recht zwinge beide ins Erwerbsleben, S.600; ders. (Fn 5), S.31, 49 et passim; für die kinderlose Ehe sieht das auch Dieckmann, FamRZ 77, 89

(107) Giesen, FamRZ 77, 597; ders. (Fn 5), S.7, 29, 36; ähnlich Adomeit, (Fn 5), S.78, der darin allerdings zurecht eine Förderung des Gleichberechtigungsgrundsatzes sieht; im übrigen betont Giesen selbst, daß schon nach altem Recht die Landgerichte dazu tendiert hätten, von einer Frau nach der Scheidung die (Wieder-)Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu erwarten, vgl. (Fn 5), S.30, Fn 70a,und daß erwerbswirtschaftl.Tätigkeit der Frau nicht ehezerstörend sein muß,

cc) Bosch sieht hier eher eine Art "Rollenkonflikt", den er bei der Abgrenzung der "Angemessenheit" der Erwerbstätigkeit im Hinblick auf den Betreuungsunterhalt behandelt. Und zwar hält er Unterschiede bei der Auslegung der Angemessenheit für vorprogrammiert, je nachdem, ob man die Frau für außerhäusliche Erwerbstätigkeit oder mehr für ihre Rolle als Gattin und Mutter geboren ansehe(110).

Hier kommt eine der Gleichberechtigung sehr abträgliche Gedankenführung zum Ausdruck. Ich habe noch nie davon reden hören, wozu eigentlich ein Mann geboren ist. Bei der Frau aber scheint es immer nur darum zu gehen, und nie um ihre Bedürfnisse. Da ja hinsichtlich der Angemessenheit auch ihre eigenen Lebensverhältnisse und Fähigkeiten etc. zu berücksichtigen sind, bietet die Fassung des Gesetzes an sich genug Möglichkeiten, auch die Lebensgestaltung zu berücksichtigen, die die Frau für sich selbst am richtigsten findet. Es ist unnötig, auf "Rollen" zu rekrutieren, deren Festschreibung ohnehin abzulehnen ist.

Es sind hier lediglich die bisherigen und künftigen -Vorstellungen und Pläne der Eheleute abzugrenzen(111). In dem Begriff der Angemessenheit sind zusätzlich noch objektive Kriterien enthalten, die hier wirklich eine sachgerechte Lösung ermöglichen. Bei der starken Absicherung des Betreuungsunterhalts besteht zumindest die Gefahr, eine Mutter könne zu schnell in den Beruf gedrängt werden, in keinem Fall(112).

---

attestiert Giesen selbst, S.50

(108) Giesen, (Fn 5), S.33, 36; S. 34 sieht er die Hausfrauentätigkeit als benachteiligt an, der Erwerbstätigkeit nicht gleichgestellt und somit keine echte Wahlmöglichkeiten gegeben.

(109) Wenn Giesen, (Fn 5), S.34 sagt, die Entscheidung für ein familienorientiertes Leitbild könne jetzt nur auf höchstpersönliches Risiko getroffen werden, so war das auch schon immer so. Im übrigen ist ja der Unterhalt der Hausfrau und Mutter im neuen Recht so gut geregelt, daß andere Autoren für den armen Ehemann fürchten.

(110) Bosch, FamRZ 77, 576

(111) Derleder/Derleder, FamRZ 77, 589 kritisieren, daß im Gesetz keine Abgrenzung erfolgte zwischen Verselbständigungsinteresse des betreuenden Ehegatten, bzw. Verpflichtung zur Erwerbstätigkeit und Kindeswohl. Sie erörtern die Betreuungsbedürfnisse nach Alter und Entwicklungsstand der Kinder unter dem Aspekt, daß die Chancen zur beruflichen Weiterqualifikation umso eher genutzt werden müssen, je weniger der private Unterhalt eine dauerhafte Lösung darstellt.

cd) Allgemein kritisiert Dieckmann, daß nicht die unterhaltsrechtlichen Folgen der Ehescheidung für die verschiedenen denkbaren Ehetypen unterschiedlich geregelt sind, was er für wünschenswert gehalten hätte, um die Ehegatten über unterhalts- und versorgungsrechtliche Folgen des gewählten Ehetyps aufzuklären(113). Hier bedenkt er nicht, daß die Ehegestaltung häufig wechseln kann, daß überdies solche Einzelprobleme dem Laien kaum je bekannt und verständlich sind.
Mehrfach wird auch als problematisch angesehen, wie stark es auf die "ehebedingte"Bedürftigkeit ankomme, zumal da nicht einmal das Gesetz selbst diesen Grundsatz klar durchgehalten habe, "vor allem, seit der Vermittlungsausschuß die positive Billigkeitsklausel des § 1576 verändert und dabei die - ursprünglich geforderte - Rückkoppelung an die ehelichen Verhältnisse aufgegeben hat"(114).

ce) Auch bei § 1573 I werde an den Zeitpunkt der Scheidung angeknüpft und nicht an die Ursächlichkeit der Ehe(115). Damit ist aber dem materiell stärkeren Ehegatten das ganze Arbeitsmarktrisiko aufgebürdet(116).
Bei seiner Kritik an § 1573 II bringt Dieckmann wieder Verschuldensaspekte ins Spiel, indem er den Aufstockungsanspruch besonders fragwürdig findet, "wenn der Berechtigte dem Verpflichteten die Ehe verleidet oder 'aufgekündigt' hat". Er sieht den Ehegatten, der während der Ehe erwerbstätig war, hinter dem Ehegatten zurückgesetzt, der erst nach der Ehe eine Erwerbstätigkeit auf-

---

(112) Dieckmann,FamRZ 77, 94 warnt dagegen sogar davor, den Betreuungsanspruch zu großzügig zu handhaben, weil durch Zusammenwirken mehrerer Ansprüche voller Unterhalt erreicht werden könne. Aber Giesen, FamRZ 77, 596 hat die Befürchtung, daß die §§ 1570 ff. noch kinderfeindlich seien, da "Unterhalt nach Ehescheidung künftig nur in Ausnahmefällen und selbst hier - von vorgerücktem Alter abgesehen - prinzipiell (auch bei Krankheit) nur als Hilfe zur Selbsthilfe und daher grds. nur für eine Übergangszeit bis zur vom Gesetz vorausgesetzten (Wieder-)Eingliederung in das Erwerbsleben" gewährt werde; ders.(Fn 5), S.29

(113) Dieckmann, (Fn 9), S.131

(114) Dieckmann, FamRZ 77, 86

(115) Dieckmann, FamRZ 77, 88, wo er dies aber in den meisten Fällen für sachgerecht hält, auch wegen des Vermeidens der schwierigen Kausalitätsfragen; MünchKomm-Richter vor § 1569 RdNr.28 sieht die Gefahr, daß der Begriff 'nachhaltige Sicherung der Erwerbstätigkeit' in § 1573 IV so weit ausgelegt wird, daß Unterhaltsansprüche entstehen, wo der Zusammenhang mit der Ehe nicht mehr erkennbar ist, vgl.auch noch § 1573 RdNr.20

nimmt oder wiederaufnimmt und will u.U. mit § 1579,gar mit § 242 den Anspruch "entschärfen", da ihm sonst das Scheidungsfolgenrecht dem Standesdenken verhaftet erscheint, wenn Verschulden und Parteirolle im Verfahren nicht berücksichtigt werden(117). Dabei würde ja auch der Ehegatte, der während der Ehe erwerbstätig war, einen Aufstockungsanspr. bis zum ehelichen Lebensstandard haben, wenn sich die finanziellen Verhältnisse entsprechend gestalten würden. Außerdem würde ohne diesen Anspruch der haushaltsführende Gatte zurückgesetzt. Vor allem aber ist entschieden zu warnen vor dem schnellen Rückgriff auf § 1579, sogar §242, insbesondere wieder unter dem inzwischen völlig sachfremden Aspekt, "wer die Ehe aufgekündigt" hat.
Dem ehelichen Lebensstandard muß aus Gründen der Gleichberechtigung Rechnung getragen werden, denn dieser wurde gemeinsam gestaltet(118). Die Partnerwahl aber ist überhaupt kein Zielpunkt des Scheidungs- nicht einmal des allgemeinen Eherechts. Unter welchen Gesichtspunkten Menschen ihren Partner fürs Leben aussuchen, ist weder überprüfbar noch beeinflußbar, und wirtschaftliche Aspekte waren auch früher schon häufig im Spiel.
Auch wenn man den Aufstockungsanspruch für zu weitgehend hält, wird man ihn akzeptieren können, wenn man die anderen Normen bedenkt, die ja doch den Berechtigten auch zu eigenen Anstrengungen verpflichten, eine wirklich angemessene Erwerbstätigkeit zu finden, die dann in vielen Fällen auch angemessen bezahlt werden wird.

---

(116) Dabei betont Giesen immer so den Ausnahmecharakter der Unterhaltsregelungen, z.B. (Fn 5), S.53; gleichzeitig bedenkt er, daß es u.U. unmöglich sei, eine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden. Aber bis zu diesem Zeitpunkt wird doch Unterhalt geleistet; auch kritisch hierzu MünchKomm-Richter § 1573 RdNr. 8, letztlich aber doch bejahend.

(117) Dieckmann, FamRZ 77, 86; vgl. auch ders.(Fn 9), S.128, wo er sagt: "Dieser (Verkappte) Unterhaltsanspruch soll offenbar das 'Erfüllungsinteresse' eines Ehegatten am Fortbestand der Versorgungsgemeinschaft einigermaßen wahren". Der Kritik von Dieckmann schließt sich Langenfeld an, NJW 78,1505 Der Aufstockungsanspr. könnte auch Belonnung für Erwerbstätigkeit sein?? Auch Adomeit, (Fn 5), S.78 kritisiert, man könne sich nur noch den wirtschaftl.ebenbürtigen Partner leisten; auch MünchKomm-Richter vor § 1573 RdNr.8 hält "die Garantie des ehel.Standards auf Lebenszeit" in Abs.2 für nicht ganz unbedenklich.

(118) Die Tatsache, daß in § 1574 II an die ehel.Lebensverhältnisse angeknüpft wird, hält Adomeit, (Fn 5), S.74 für altbürgerl. u. auch emanzipationsfremd; auch MünchKomm-Richter vor § 1569 RdNr.28 sieht Gefahren; man nannte diese Norm zuweilen "Nerzklausel"

cf) Hier halten aber andere Autoren die Obliegenheit des § 1574 Abs.3 wieder für bedenklich hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Art.2 I GG bei Geltung von Art.6[119].
Die in der Tat gegebene Beeinträchtigung der freien Persönlichkeitsentfaltung des Unterhaltsberechtigten wird man aber sowohl i.V.m. Art.3 II als auch Art.6 akzeptieren müssen, denn bei der Interessenabwägung gem. Art.2 ist sowohl wegen Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung als auch wegen der noch fortwirkenden ehelichen Verantwortung eine derartige Rücksichtnahme auf die Belange des unterhaltspflichtigen Ehegatten vertretbar, der ja ohne die Fortbildung des Unterhaltsberechtigten voraussichtlich stärker belastet wird.
Wenn aber ein Recht auf Ausbildung besteht - § 1575 -, befürchtet Dieckmann eine Ausnutzung dieses Unterhaltsanspruches und sieht die Gefahr, daß ein Ehegatte trotz möglicher angemessener Erwerbstätigkeit eine solche nicht w i l l, sich fortbildet, später keine findet und dann dem Verpflichteten endgültig zur Last fällt[120], weswegen er sich insbesondere gegen ein "Luststudium" ausspricht und Beschränkungen des Anspruchs vorschlägt[121].
In Wirklichkeit ist eine etwaige Verlängerung der Unterhaltspflicht wegen der Ausbildung so unbillig nicht, zumal da kaum je eine angemessene Erwerbstätigkeit für immer nicht gefunden werden wird. Hinsichtlich der Angemessenheit verändern sich ja wohl die Voraussetzungen im Laufe der Zeit auch, sodaß man den Unterhaltsberechtigten bei zu langer Wartezeit auch auf eine geringer bezahlte Tätigkeit wird verweisen müssen.

cg) Es ist aber nicht nur bedenklich, das Unterhaltssystem durch zu häufige Anwendung des § 1579 zu verändern, die häufig beobachtete Tendenz, die positive Billigkeitsklausel des § 1576 sehr weit auszulegen, ist bei einem System von enumerativ aufgezählten Unterhaltsansprüchen, durch die auch wirklich die meisten denkbaren Fälle abgedeckt sind, mindestens ebenso fragwürdig[122].

---

(119) z.B.Pal.-Diederichsen zu § 1574, Anm. 3; a.A. Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung,3.Aufl.,1978, RdNr.210 u. MünchKomm-Richter § 1574 RdNr.11

(120) Dieckmann, FamRZ 77, 93; mit dem Ausbildungsrisiko direkt ist der Verpflichtete ja nicht belastet, aber es ist ja denkbar,daß der Berechtigte nach Abschluß der Ausbildung auch keine vorher angemessene Beschäftigung mehr findet.

(121) Dieckmann, FamRZ 77,91; MünchKomm-Richter § 1575 RdNr.10 Der Anspr. ist aber ohnehin nur gegeben, wenn die Bildungs-

So gewährt Bosch Unterhaltsansprüche gem. § 1576 in Fällen, die nach der Zielrichtung des Gesetzgebers gerade nicht darunter fallen sollten, z.B. die geschiedene Frau, die wegen der Pflege ihres alten Vaters oder eines behinderten Kindes nicht erwerbstätig sein kann,habe einen solchen Anspruch(123).
Nun hatte aber der Gesetzgeber ausdrücklich (im Bereich des § 1570) nur einen Anspruch hinsichtlich der gemeinschaftlichen Kinder gewähren und nicht einmal Pflegekinder etc. einschließen wollen, die mit im Haushalt der Eheleute gelebt hatten, um nicht sozusagen den materiell stärkeren Gatten dafür zu "bestrafen", daß er bisher so großzügig gewesen war, dieses Kind aufzunehmen und zu unterhalten. Diese Wertung des Gesetzgebers wird eindeutig umgangen, wenn man in einem solchen Fall einen Unterhaltsanspruch gem. § 1576 gewährt, denn es sollen ehebedingte Nachteile ausgeglichen und eheliche Verantwortung perpetuiert werden, damit hat aber der kranke Vater der geschiedenen Frau nichts zu tun(124).
So sagt auch schon Dieckmann, "das neue Recht sollte nach seiner Grundhaltung nicht jede schicksalsbedingte Bedürftigkeit für unterhaltserheblich erachten"(125), hält allerdings dadurch, daß in der Endfassung des § 1576 die Berücksichtigung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht mehr im Text erscheint, einen ähnlich weiten Spielraum für möglich wie Bosch(126).

---

maßnahme erforderlich ist, um eine angemessene Erwerbstätigkeit zu erlangen.

(122) Es soll hier keinesfalls das strikte u.unabänderliche Festhalten an einem Prinzip propagiert werden, also quasi um der Prinzips willen, zumal da ja die Härte- u.Billigkeitsklauseln normiert sind. Sie müssen aber unbedingt systemkonform ausgelegt werden, sonst besteht wirklich die Gefahr, daß jeder Richter mit Hilfe dieser Billigkeitsnormen das Unterhaltsrecht durchsetzen kann, das er persönlich am richtigsten findet, u.das sich vielleicht von dem des Gesetzes entfernt.

(123) Bosch,FamRZ 77, 576

(124) anders nur, wenn ein Familienangehöriger des Unterhaltspflichtigen betreut wird. Bosch,FamRZ 77,577 will z.B.auch eine später auftretende Krankheit über § 1576 berücksichtigen, entgegen § 1572; so auch Hillermeier, FamRZ 76,579; ähnliche Tendenzen bei Giesen (Fn 5), S.26 f., aber Münch Komm-Richter vor § 1569 RdNr.28 warnt vor zu extensiver Auslegung des § 1576

(125) Dieckmann, FamRZ 77,97; a.A. Giesen,(Fn 5), S.28, dessen gesamte Argumentation allerdings unterschwellig vom Verschuldensprinzip geprägt ist.

(126) vgl. die Beispiele bei Dieckmann,FamRZ 77, 97 f.

Grundsätzlich sollte eine Härteklausel nur in wirklichen Ausnahmefällen angewandt werden, und außerdem ist trotz dieser Änderung im Wortlaut ein bestimmter Zusammenhang der Unterhaltsbedürftigkeit mit der Ehe zu fordern, da sonst die ehebedingte Verantwortung wirklich überdehnt würde. M.E. sollte ein Unterhaltsanspruch auch bei noch so schwerwiegenden Gründen für die Unfähigkeit zur Erwerbstätigkeit nicht gewährt werden, wenn überhaupt keinerlei Zusammenhang mit der Ehe besteht, nicht wegen der Systematik allein - in einem Rechtsgebiet, wo es um Menschen und ihre persönlichsten Verhältnisse geht, ist Prinzipienreiterei fehl am Platz -, sondern weil sonst Lasten des Gemeinwesens ungerechtfertigterweise auf den ehemaligen Gatten des Bedürftigen abgewälzt würden. Diese unberechtigte, ja willkürliche Benachteiligung desselben wäre ein Verstoß gegen Art.3 I.GG.
Auch eine Berücksichtigung von Gründen, die zum Scheitern der Ehe geführt haben, war zunächst in § 1576 ausdrücklich ausgeschlossen gewesen, während solche Gründe jetzt lediglich nicht mehr allein deswegen berücksichtigt werden dürfen, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt hatten(127). Hier ist erneut dem Einbruch von Verschuldenselementen Vorschub geleistet(128).
Es sollte aber ja gerade nicht der "schuldige" Gatte weniger Unterhalt oder gar keinen bekommen, also doch wieder im materiellen Bereich eheliches Fehlverhalten bestraft werden, sondern es sollten lediglich Gründe berücksichtigt werden können, die zwar zum Scheitern der Ehe geführt haben, die aber unabhängig davon jetzt die Bedürftigkeit bewirken, also nicht wegen des Scheiterns, sondern nur, soweit sie sonst für den Unterhalt erheblich sind.
Allerdings ist bei dieser Auslegung ein Anwendungsfall für §1576 kaum denkbar. Deshalb führt auch Schumacher aus: "§ 1576 S.1 BGB kann also nur die Bedeutung haben, daß auch in den Situationen, die auf Grund des negativen Sinngehalts der §§ 1570 bis 1575 BGB dort quasi ausdrücklich von einer Unterhaltsberechtigung ausgenommen sind, ein Anspruch zugebilligt werden kann. Durch diese Vorschrift ist mithin das gesamte - als sachgerechtes Korrektiv

---

(127) Giesen,(Fn 5), S.27 begrüßt diese Veränderung; vgl. hierzu ausführlich Dieckmann, FamRZ 77, 98 und (Fn 9), S.128

(128) vgl. bei Dieckmann,FamRZ 77, 98, der dies für Anspruchsgrund und -none bejaht; zu solchen Einschätzungen kann es deshalb kommen, weil, wie Gernhuber, (Fn 66), S.215 ausführt, in § 1576 die Billigkeit zwischen den Ehegatten letztlich aussagelos berufen ist; vgl. vorsichtiger auch Lange, JuS 76, 685

der Erweiterung von Unterhaltspflichten durch den Wegfall des Schuldkriteriums konzipierte - Kausalitätsprinzip aus den Angeln gehoben und Rechtssicherheit zugunsten schwer faßbarer Billigkeit geopfert worden"(129).
Es bleibt also in der Tat keine andere Möglichkeit als entweder die hier vorgeschlagene Auslegung zu wählen und so die Anwendung von § 1576 praktisch auf Null zu reduzieren oder die Abschaffung dieser Norm zu fordern(130).

ch) Für die hier vorgeschlagene reduzierende Auslegung des §1576 spricht die Tatsache, daß in § 1577 I nochmals ganz deutlich der Grundsatz der Eigenverantwortung ausgesprochen ist, der hier zur Anrechnung von Einkünften und Vermögen führt.
Die unklare, mißverständliche Formulierung dieser Norm wird von Dieckmann klar mit Rechenbeispielen verdeutlicht(131). Jedenfalls tritt hier nochmals die Wertung des Gesetzes deutlich hervor, die jeden Ehegatten zunächst auf sich selbst verweist.
Was das Maß des Unterhalts gem. § 1578 anlangt, so bemängelt Dieckmann hier wieder die Wahl der ehelichen Lebensverhältnisse als Maßstab, da hierdurch die oberste Grenze angegeben werde, die der Gesetzgeber hätte wählen können(132). Aber für die restlichen Fälle ist er wieder bestrebt, die Ansprüche aus Verschuldensaspekten zu kürzen, was gerade bei der Höhe des Unterhaltsanspruchs, der also dem Grunde nach bejaht wurde, noch vollends unbegründet erscheint.
Dieckmann hat auch Probleme damit, daß inzwischen häufig die ehelichen Lebensverhältnisse durch zwei Einkommen bestimmt werden. Er hat den Eindruck, der Verpflichtete müsse nach der Ehe doppelte und dreifache Zahlungen bewirken, um dem Berechtigten diese Verhältnisse zu erhalten(133), wobei er übersieht, daß der Maßstab der ehelichen Lebensverhältnisse auch den Eigenbedarf

---

(129) Schumacher,MDR 76, 883; ähnlich Dieckmann,FamRZ 77, 97

(130) Sollte sie so ausgelegt werden, daß sie viele denkbare Anwendungsfälle hätte, würde die gesamte Unterhaltsregelung auf die vom BR vorgeschlagene und vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnte hinauslaufen; vgl. Hillermeier, FamRZ 76, 579

(131) Dieckmann, FamRZ 77, 98 ff., der dort die ganzen Schwierigkeiten klarmacht, die bei der Anwendung des § 1577 entstehen können.

(132) Dieckmann, FamRZ 77, 83; er schreibt allerdings S.84 selber: In vielen Fällen gebe der ehel.Lebensstandard das richtige Maß an.

(133) Dieckmann, FamRZ 77, 85

des Unterhaltsverpflichteten bestimmt, der ja den für Unterhaltszahlungen offenen Betrag entsprechend mindert. Außerdem wird in dem Fall, wo die ehelichen Lebensverhältnisse durch zwei Einkommen bestimmt werden, eine Unterhaltsverpflichtung ohnehin selten sein, denn meist wird die Erwerbstätigkeit von beiden Gatten beibehalten werden.

ci) Was nun § 1579 anlangt, so hält Gernhuber diese für eine mißratene Norm(134). Eine Härteklausel stört zwar das System nicht so sehr wie eine positive Billigkeitsklausel, da sie ja letztendlich sogar dem Prinzip der Eigenverantwortung nicht nur entspricht, sondern dieses noch weiter verwirklicht. Systemfremd ist aber die Ziff.4 des § 1579, und zwar deshalb, weil sie eine der zahlreichen Einbruchstellen für das Verschuldensprinzip darstellt.

Diese Regelung ist so offen formuliert, daß nahezu alles hineininterpretiert werden kann. So spricht Dieckmann von einem "Generaltatbestand von geradezu delphischer Ausdrucksklarheit"(135). Dennoch hält er es für fraglich, ob so die gewünschte Elastizität erreichbar sei, da die sonstigen Gründe kaum eine Vergleichslage bieten; "und hat man - mit der amtlichen Begründung - bei der 'mutwilligen Herbeiführung der Bedürftigkeit' gerade die Umstände nicht zu beachten, die zur Zerstörung der Versorgungsgemeinschaft beigetragen haben, darf man nur schwerlich diese Umstände im Rahmen der Ziff.4 berücksichtigen"(136).

So bemängelt er also letztendlich wieder die zu geringe Beachtung von Verschuldenselementen. Dies sagt er ganz deutlich auch

---

(134) Gernhuber (Fn 2), S.109 f., er führt dies - allgemein für die Härteklauseln - unter anderem darauf zurück: "Im Kampf für und gegen die Härteklauseln im allgemeinen u.um ihre Ausgestaltung im besonderen wurden die letzten Gründe nicht in einer Form offenbart, die es gestattet hätte, nach einem Kompromiß zu suchen"(S.111). Er meint wohl einen wirklichen inhaltlichen Kompromiß, denn ein "fauler" Kompromiß liegt hier in der Ziff.4 durchaus vor.

(135) Dieckmann, (Fn 9), S.127; vgl. auch Gernhuber,(Fn 2),S.109, der allgemein vor Billigkeitsklauseln warnt: "...wer die Billigkeit beruft, bezahlt stets den selben Preis:Rechtsunsicherheit u.ein Verlust an Gleichheit, der desto schwerer wiegt, je stärker eine Zeit gerade die Gleichheit vor dem Gesetz als Grundwert postuliert". Hillermeier, FamRZ 76, 579 meint sogar, die unklare Formulierung habe verschleiern sollen, daß die Berücksichtigung von schweren Verschuldensmomenten ermöglicht werde; ausführlich hierzu auch Gernhuber, (Fn 66), S.216 u. ähnlich Rolland,§ 1568 RdNr22

an anderer Stelle: "... § 1579 I Ziff.4 sollte aber nicht nur in den Fällen eingreifen, in denen ein Unterhaltsanspruch mit Rücksicht auf das e h e z e i t l i c h e Verhalten eines Partners anstößig ist, § 1579 I Ziff.4 sollte auch die Fälle treffen, in denen das F o r t b e s t e h e n eines Unterhaltsanspruchs mit Rücksicht auf die n a c h e h e l i c h e n Verhältnisse grob unbillig erscheint"(137).
So wie im Bereich der Scheidungsgründe der Begriff Zerrüttung bzw. Scheitern nicht konsequent gedacht wird, so steht es im Unterhaltsrecht mit dem Begriff Bedürftigkeit. Immer wieder wird versucht, Unterhaltsansprüche trotz dieser Bedürftigkeit zu kürzen, gar zu streichen, bzw. zu belassen, je nachdem, wie sich der Bedürftige während der Ehe verhalten hat oder jetzt verhält. Mit dieser Einstellung kann Dieckmann auch gut § 1579 I Ziff.4 eine"Schlüsselbestimmung des Unterhaltsrechts" nennen(138), die nämlich bei solchem Verständnis das restliche Unterhaltsrecht praktisch hinfällig macht, zumal da Dieckmann zusätzlich noch vorschlägt, mit Hilfe des § 1579 I auch die Höhe des Unterhaltsanspruchs zu begrenzen(139).
Unter diesem Aspekt hätte man sich dann die Neuregelung eigentlich sparen können, zumal noch hinzukommt, daß die konturlose Form der Norm auch zu ganz unterschiedlich starken Einbrüchen in

---

(136) Dieckmann, (Fn 9), S.127; dort kritisiert auch, daß die Norm sogar formal systemfremd sei: zwar weiter Aufzählung von Einzeltatbeständen, dann aber ein solcher mit Generalklauselcharakter.

(137) Dieckmann,FamRZ 77, 104 f., auch schon S.103; vgl. auch Bosch, FamRZ 77, 577; Hillermeier,FamRZ 76, 579; zur gleich berechtigten Partnerschaft passen solche"Verbesserungs"-Vorschläge nur, wenn die Gleichberechtigung plötzlich mit der Scheidung endet; Adomeit,(Fn 5), S.75 spricht von "kollektivem Unverständnis, wenn derjenige, der die Ehe gebrochen hat, anschließend mit Unterhaltsforderungen reüssiert".

(138) Dieckmann, FamRZ 77, 103, zumal, wenn Parche, NJW 79, 139 sogar § 1579 II kritisiert, weil es befremde, daß der Gesetzgeber dem betreuenden Ehegatten einen Freibrief für ehewidriges Verhalten ausstelle; ganz scharf reagiert hier Scheld, FamRZ 78, 651: er begrüßt nicht nur den Grundsatz "Exzessives Fehlverhalten muß erheblich bleiben" und die Entscheidungen, die wegen Konkubinats Unterhalt verweigern, sondern fordert solche Entscheidungen auch für einmaligen Ehebruch! S.654 sagt er auch noch, § 1579 I Nr.4 gelte bei exzessivem Fehlverhalten der Frau und Mutter (!!), was er zwar weiter unten korrigiert, aber kleiner gedruckt; und er fordert S.651, § 1579 I Nr.4 großzügig zugunsten des Schuldners auszulegen.

(139) Dieckmann, FamRZ 77, 105

das System führen wird, zu unterschiedlich starker Berücksichtigung von Verschuldenselementen, also zu der berühmt-berüchtigten Entscheidungs-, hier einer "Unterhaltsgeographie"(140).
Auch die anderen Ziffern des § 1579 geben Probleme auf. Für die Ziffern 2 und 3 wird geringe Bedeutung erwartet(141), Ziff.1 sei nicht genau genug formuliert(142).

cj) Hinsichtlich § 1582, der die Rangfolge in bezug auf Unterhaltsansprüche zwischen geschiedenem und neuem Ehegatten des Unterhaltsverpflichteten regelt, stellte sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit dieser Norm, denn durch den Vorrang des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Gatten wird häufig in einer eventuellen neuen Ehe die Möglichkeit der Gestaltung der Ehe auf die Doppelverdiener- bzw. Zuverdienstehe beschränkt sein und die Hausfrauenehe aus finanziellen Gründen nicht mehr gewählt werden können, worin nach Dieckmann(143) ein Verstoß sowohl gegen Art.2 als auch gegen Art.6 GG zu sehen sein könnte.
Aber der neue Ehegatte kann sich ja auf diese Belastungen einstellen. So etwas könnte natürlich dazu führen, daß geschiedene unterhaltsverpflichtete Menschen schwerer Partner für eine neue Ehe finden; dies scheint aber erträglich unter dem Gesichtspunkt der sozialen Treue für den alten Gatten und des Ausgleichs noch vorhandener ehebedingter Nachteile.

ck) Interessant wieder die Kritik am Versorgungsausgleich, der in den §§ 1587 ff. geregelt ist(144).
Gleich der Ort der Regelung wird moniert, nämlich, daß ein solcher Rechtsstoff ins Familienrecht übernommen wurde, während er

---

(140) vgl. schon Vogel,FamRZ 76, 484 mit der wenig stichhaltigen Begründung, die Ehe- und Familienauffassung hänge zu einem Teil von der Sozialstruktur ab, in die Eheleute einbezogen sind, sodaß "lokalgefärbte Nuancierungen" der Rechtsanwendung sogar notwendig seien, weil dies dann das Recht der Gemeinschaft sei, in der die Ehegatten lebten, wobei solche Unterschiede innerhalb Deutschlands nicht sehr wahrscheinlich sind, sich vor allem weniger aus unterschiedlichen gesellschaftlichen Anschauungen als aus verschiedenen Ansichten verschiedener Richter ergeben; schon Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung, 1904, S.44 warnt davor, daß "in dem Rechtsuchenden das Gefühl erwachsen (könne), daß der Richter nach unkontrollierbarer Willkür mit ihm verfahren könne und verfahre"

(141) Bosch, FamRZ 77, 577; Dieckmann, FamRZ 77, 103 f.; ausführlich hierzu Schumacher, MDR 76, 883 f.; zu Ziff.3 Dieckmann, (Fn 9), S.133

(142) Bosch, FamRZ 77, 577; Dieckmann, FamRZ 77, 104

(143) Dieckmann, FamRZ 77, 163

doch von Sachzusammenhang und Form her viel eher in das Sozialrecht gehört hätte[145], wobei Dieckmann noch zusätzlich kritisiert, daß nicht die Gesamtregelung abgewartet wurde, die innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung ohnehin erfolgen muß[146]. Allgemein wird bemängelt, daß die Regelungen völlig unüberschaubar und kompliziert, nahezu unverständlich sind[147], eine Kritik, der sich hier wird niemand verschließen können.

Daß die Regelung auch für Alt-Ehen gilt, also für Ehen, die vor dem Erlaß des Gesetzes geschlossen worden waren, wird vielfach für bedenklich gehalten[148], wobei richtig ist, daß diese Eheleute sich nicht langfristig darauf einstellen konnten, wobei aber der Grundsatz der Gleichberechtigung den Ausschluß dieser Ehen verbietet, denn auch hier ist der schlechter versorgte Teil schutzwürdig.

Dieckmann sieht hier aber einen Verstoß gegen Art.14 und gegen Art.20 und kritisiert, daß auch Ehegatten einer sog. Altehe trotz Formerleichterungen beim Ausschluß des Versorgungsausgleichs auf einen V e r t r a g angewiesen sind, also auf die Zustimmung des Partners[149].

Es muß aber auch für Altehen gelten, daß die Versorgungsanteile im Grunde von beiden Gatten erworben wurden, und ohne Vertragszwang wäre ja wieder der sozial Schwächere dem Stärkeren ausgeliefert.

---

(144) Umfassende Zusammenstellung dieser Kritik bei Schwab, FamRZ 77, 769

(145) Dieckmann, (Fn 9), S.136; Gernhuber, (Fn 2), S.78, 102

(146) Das BVerfG hat ja eine Neuregelung gefordert, die bis zum Ablauf der übernächsten Legislaturperiode in Kraft gesetzt sein und einen Verstoß gegen Art.3 II und III GG für die weitere Zukunft ausschließen soll.

(147) z.B. v.Maydell, FamRZ 77, 173; vgl. auch Gernhuber, (Fn 2), S.69 f., 71, der in diesem Zusammenhang vor allem die vielen Verweisungen bemängelt; Böhmer, StAZ 76, 240 sieht, daß die komplizierte Regelungsweise durch die Materie selber bestimmt ist; Rasehorn, ZRP 78, 4 hält die komplizierten Regelungen für unnötig, weil wohl in weniger als 1 % der Fälle derartige Komplikationen zu erwarten seien.

(148) Dieckmann, (Fn 9), S.137 ; Schwab, FamRZ 77, 772 f.

(149) Dieckmann, (Fn 9), S.137; Langenfeld, NJW 78, 1505 weist darauf hin, daß in den Einzelheiten zu § 1408 II noch fast alles ungeklärt ist.

In eine ähnliche Richtung zielen die Bedenken gegen die Durchführung des Versorgungsausgleichs von Amts wegen, selbst gegen den Willen beider Ehegatten(150). Wie befürchtet, ergeben sich hier in der Tat schwierige Beweis- und Ermittlungsfragen, ansonsten wird man sagen müssen, gerade bei dieser Regelung, die vorwiegend die nichterwerbstätige Frau einer eigenständigen sozialen Sicherung näherbringen will, einer Regelung also, die auch das Gemeinwesen entlasten kann, ist es wohl angebracht, die Beteiligten "zu ihrem Glück zu zwingen"(151).

Auch hier im Rahmen des Versorgungsausgleichs wird wieder die Hypothese aufgestellt, durch die Schlechterstellung der geschiedenen Hausfrau werde mittelbarer Zwang ausgeübt, die Doppelverdienerehe als Eheform zu wählen; hierbei ergäben sich Bedenken im Hinblick auf Art.2 I und Art.6 I GG(152).

Hier ist nochmals zu betonen: vor Geltung des neuen Rechts stellte sich die Nur-Hausfrau versorgungsmäßig auch schon am schlechtesten, was damals offenbar keine derartigen Bedenken hervorrief und mitnichten alle Hausfrauen dazu brachte, in den Beruf zu drängen. In Wirklichkeit hat es bisher noch nie eine eigenständige Sicherung der Nur-Hausfrau gegeben, auch nicht im Fall des Scheiterns der Ehe, sodaß nach der Neufassung des Gesetzes der Beruf Hausfrau attraktiver erscheinen müßte als je zuvor. Im übrigen ergibt sich ein Zwang zur Erwerbstätigkeit nicht etwa aus dem Recht des Versorgungsausgleichs, überhaupt aus dem nachehelichen Unterhaltsrecht, sondern aus unserem Gesellschaftssystem, aus unserer Konsum- und Wegwerfgesellschaft, wo nur Geld das Maß aller Dinge ist, sodaß man den Beruf der Hausfrau ganz sicher nur attraktiver machen kann, wenn man ihn in der Tat mit deutlichen finanziellen Vorteilen ausstattet.

Dieckmann kritisiert ganz grundlegend bereits den Ansatz des Versorgungsausgleichs: "Zunächst besagt die Gleichwertigkeit der

---

(150) vgl. z.B. Hillermeier, FamRZ 76, 581

(151) Gerade, daß das Gemeinwesen entlastet wird, nicht etwa Lasten übernimmt, kritisiert "Courage", August 1977, S.10: "Der Staat hat nichts rausgerückt - er hat umverteilt"; deshalb wird dort auch schon ein Ausgleich während der Ehe gefordert; Tourneau, (Fn 34), S.14 hält den Versorgungsausgleich nur für eine Lösung für begüterte Eheleute; außerdem könne die Reform eine materielle Absicherung alten Rollenverständnisses bedeuten.

(152) Pal.-Diederichsen, vor § 1587, Anm.9; auch Giesen, FamRZ 77, 597; ders. (Fn 5), S.33, 36, 63; Giesen/Gick, JR 79, 46 ff.

Beitragsleistungen im Recht des Familienunterhalts nichts für die vermögensrechtliche Zuordnung des individuellen Verdienstes. Darüber vermag keine "Zugewinngemeinschaftsideologie"(153) hinwegzutäuschen. ... Für die "Berufstätigenehe" ist sie vom Grundmuster her fehl am Platz, weil sie in der so häufig beschworenen"Leistungsgesellschaft" die Leistungsunterschiede im Beruf einebnet. ... Auch bei uns sind Versorgungsanwartschaften der öffentlichen Daseinsvorsorge - also Anwartschaften aus dem Beamtenrecht oder aus dem Recht der gesetzlichen Rentenversicherung - jedem einzelnen als höchstpersönliches Gut zugewiesen, das sich einem Zuordnungswechsel kraft Ehegüterrecht ent - zieht"(154).

Dies ist deutlich eine gleichberechtigungsfeindliche Argumentation, denn ohne ein System der sozialen Sicherung, das jeden Menschen einschließt, ist diese nicht zu verwirklichen. Freilich umfaßt Gleichberechtigung auch Selbstverantwortung, also ein eigenständiges Sich-Behaupten in der besagten Leistungsgesellschaft. Solange aber die Nur-Hausfrau überhaupt noch existiert, jedoch nicht in das Sozialsystem integriert ist, muß sie wenigstens an den Werten beteiligt werden, die sie miterarbeitet. Lediglich hinsichtlich der Berufstätigenehe wird man sich der Argumentation von Dieckmann nicht ganz verschließen können, ansonsten ist aber zu sagen: die Versorgungsanwartschaften werden

---

(153) positiv zu dieser AG Lüneburg, NJW 78, 379, das auch betont, daß der Versorgungsausgleich die Gleichberechtigung verwirkliche; aber MünchKomm-Maier vor § 1587 RdNr.66; Schwab, FamRZ 77, 769: "Die Begründung trägt generell den Versorgungsausgleich nicht. Die idyllische Vorstellung der harmonischen Ehe, in der die Ehegatten arbeitsteilig zusammenwirken ..., darf nicht zu gedanklichen Unklarheiten führen"; auch Lieb, Ehegattenmitarbeit, S.181 lehnt den Gedanken ab, der Mann erwerbe ohne Fürsorge der Frau weniger

(154) Dieckmann, (Fn 9), S.135; er weist auch darauf hin, daß in der DDR die Versorgungsanwartschaften der Partner von der Teilung eines Gemeinschaftsvermögens nach der Scheidung unberührt bleiben. "Kein Ehegatte braucht - etwa - um seine 'Intelligenzrente'zu fürchten". Innerhalb der Zugewinngemeinschaftsideologie ergeben sich ohnehin Unterschiede hinsichtlich des Anknüpfungspunktes, vgl. bei Lieb, Ehegattenmitarbeit, S.176; ähnliche Gedanken spielen auch als Grundlage des Versorgungsausgleichs eine Rolle.
Lieb selbst sieht auch ein Versorgungs- ein Sicherstellungsbedürfnis für den Verzicht auf eigenen Erwerb.
Ähnlich wie Dieckmann für Ehen mit unterschiedlich leistenden Gatten Langenfeld, NJW 78, 1504, wobei er S.1507 nicht etwa nur nach der Art der Berufstätigkeit unterscheidet, sondern auch nach 'gleichwertiger Vorbildung' und 'vergleichbarem Herkunftsmilieu' (!) .

ja nur insoweit geteilt, als sie während der Dauer der Ehezeit angesammelt wurden(155), und im Sinne der Anknüpfung an die gemeinsam erarbeiteten ehelichen Lebensverhältnisse darf auch die gemeinsam erarbeitete Versorgung aufgeteilt werden. Man kann schließlich nicht eine Bevölkerungsgruppe strikt von dem allgemeinen Versorgungssystem ausschließen. Dennoch besteht die Auffassung, bei strikter Anwendung des Versorgungsausgleichsrechts seien elementare Verstöße gegen die Gebote der Einzelfallgerechtigkeit voraussehbar und unausweichlich"(156).
Bosch billigt den Grundgedanken des Versorgungsausgleichs vollauf, fürchtet aber den sog. Verarmungseffekt, den viele Autoren sehen. Man hat Sorge, es könnten dann beide Gatten der Sozialhilfe anheimfallen(157).
Die Möglichkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs in § 1408 II wird begrüßt von Hillermeier(158), während "Courage" zurecht entschieden davor warnt: "Frauen, laßt euch nicht von euren Männern unter Druck setzen. Verzichtet auf keinen Fall auf euren Anspruch. Er ist immerhin ein winziger Teil dessen, was ihr mit eurer Arbeit verdient habt!"(159).

---

(155) Dieckmann,(Fn 9), S.142, besonders verwerflich findet er die Regelung noch für die 'auf Zerfall programmierte'Ehe, auch dadurch, daß selbst bei kurzer Ehe der Ausgleich durch geführt werde; hinsichtlich der Doppelverdienerehe mag in der Tat die Regelung zum Teil überflüssig erscheinen, vgl. auch Langenfeld, NJW 78, 1504; Schwab, FamRZ 77, 769 kritisiert, daß die Ausgleichspflicht auch für Versorgungswerte bestehen soll, die während der Zeit des Getrenntlebens entstanden; auch er, S.770 kritisch zur "Scheidungsversorgungsehe".

(156) Schwab,FamRZ 77, 772, S.770 fordert er die Rechtsprechung auf, "die Härteklauseln gleichsam als rechtspolitischen Filter für die mit Hilfe der Ausgleichsmechanik erzielten Resultate" zu benutzen. (die Gerichte seien ja zu verfassungskonformer Auslegung berechtigt und verpflichtet). hier bietet § 1587 c Ziff.1 Einlaß für Verschuldensaspekte.

(157) z.B. Bosch, FamRZ 77, 579, der darin als konsequenter Scheidungsgegner sogar etwas Positives sieht: der Verarmungseffekt könne edukatorisch bedeutsam sein in dem Sinne, daß der, der so viel abgeben müsse, sich die Scheidung nochmal überlegen würde, während Hillermeier, FamRZ 76, 580 gar unterstellt, er würde erst gar nicht heiraten.

(158) Hillermeier, FamRZ 76, 580

(159) "Courage", August 1977, S.10; auch Bergerfurth, FamRZ 77, 441 warnt vor dem Ausschluß; ebenso Rolland, S.611; so sieht auch Ruland, NJW 76, 1713, 1715, 1721 die Tendenz, die unerwünschte Vorschrift restriktiv auszulegen, er nimmt übrigens regelmäßig Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB an, wenn der Ausschluß ohne sonstige Sicherung erfolgt; a.A.

2.) Eigene Kritik

a) Allgemeine Ehewirkungen

aa) Unmittelbar aus der Tatsache, daß § 1353 beibehalten und noch mit dem Bekenntnis zur lebenslänglichen Ehe angereichert wurde, werden die Probleme der Vorschrift deutlich.
Zum einen ist hier zu sagen, daß die Norm in dieser Form überflüssig ist, denn das Bekenntnis zur Ehe auf Lebenszeit wird schon aus anderen Normen und unserer gesamten Rechtsordnung geschlossen, die Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft aber ist, soweit die Eheleute nicht von selbst eine solche Lebensgemeinschaft gestalten, in keiner Weise durchsetzbar oder erzwingbar. Gerade die Verhaltensweisen, die immer wieder als Voraussetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft genannt werden, sind von Gesetzes wegen nicht zu lenken, weshalb auch die Sanktionsbewehrung durch ein Scheidungsrecht konsequenterweise abgebaut wurde.
Zum anderen aber zeigt diese Norm überdeutlich die mangelnde Bereitschaft zum konsequenten Umdenken, zur konsequenten Reform. Die Übernahme dieser Pflichten in der alten Form ist nämlich nicht nur überflüssig, sondern auch gefährlich, weil der Rückgriff auf das hergebrachte Verständnis von Einzelpflichten allzu naheliegend und verlockend erscheint(160). Dadurch wird letztlich die Gestaltungsfreiheit der Ehegatten doch eingeschränkt, der Richter scheint überdies versucht, bei der Prüfung des Scheiterns - nur dort wird die Norm letztlich relevant, denn mit der funktionierenden Ehe werden die Gerichte nicht befaßt -, sich nicht konkret genug auf die Betrachtung gerade dieser Ehe in ihrer jeweiligen individuellen Gestaltung zu beschränken.

Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch § 1408,Rz 9 und Langenfeld, NJW 78, 1505, der S.1504 den Ausschluß ohne Sicherung zwar bedenklich findet, aber letztlich doch wünschenswert; direkt hierzu auch AG Münster, NJW 78, 1592; allerdings spricht der Grundsatz der Privatautonomie für die Norm, so auch Schwab, FamRZ 77, 771.

(160) Das ergibt sich bereits aus den Kommentierungen, die praktisch alle früher angenommenen Pflichten für die Neufassung übernehmen. Auch wenn Vogel, (Fn 100), S.410 zu Beistand, Unterhalt, Zuneigung, Treue etc. verpflichten will, müßte ihm doch klar sein, daß derlei Dinge nur freiwillig oder gar nicht erfolgen.

Im Sinne der Gleichberechtigung scheint dies doppelt gefährlich, da nämlich die überkommene Verteilung der Pflichten und Rechte immer zu Lasten der Frau ging, und da zweitens Individualität und Selbstbestimmung sich so nicht genügend entfalten können. Es sollte ja auch gar nicht das überkommene Eheverständnis abgeschafft, also alle Inhalte negiert werden, aber, wenn der Gesetzgeber nun statt von der Hausfrauenehe von einer Ehe gleichberechtigter Partner ausgeht, die ihre Lebensgestaltung individuell einverständlich vornehmen, so muß er dies zumindest irgendwo zum Ausdruck bringen. Wenn aber die familienrechtliche Generalklausel in der gleichen Form übernommen wird, die sie schon im patriarchalischen Familienrecht des BGB von 1900 hatte, so wird nichts dergleichen deutlich.
Es ist ein echter Mangel, wenn ein solcher Inhalt eines Gesetzes nur dem Fachmann durch Studium der Entstehungsmaterialien erkennbar wird, nicht aber dem Laien, dem Betroffenen, dem eigentlichen Normadressaten(161).
So hätte man also, um unter überkommenes Pflichtverständnis - i.V.m. Scheidungsandrohung bei Nichtbefolgung - einen deutlichen Strich zu ziehen, die Generalnorm streichen oder inhaltlich verändern müssen.
Man war aber offenbar zu sehr daran gewöhnt, die Scheidungsgründe aus den ehelichen Verhaltenspflichten abzuleiten, also an diesen engen Zusammenhang zwischen Recht der allgemeinen Ehewirkungen und Scheidungsrecht, sodaß man dem Richter durch die Übernahme des Begriffs der ehelichen Lebensgemeinschaft wieder die gleichen Anhaltspunkte an die Hand geben wollte, die früher einen Scheidungs- heute einen Scheiternsgrund indizieren. Dann aber war es dem Gesetzgeber mit seiner Reform nicht ernst genug, denn diese Pflichten kommen aus Patriarchat und Verschuldensdenken und dürfen um der Gleichberechtigung willen nicht einfach übernommen werden.
Zwar muß ein Gesetz, das allgemeine Ehewirkungen und Folgen des

---

(161) so nennt auch Rasehorn, ZRP 78, 4 das Gesetz ein "Juristenwerk", von dem dann auch vor allem Juristen, insbes. Rechtsanwälte profitieren.
Dies ist nicht nur ein Mangel, - zwangsläufig muß die patriarchalische Gesinnung hier wieder durchdringen, vgl. zu § 1353 Huhn, Der Fall Familie 1977, S.161 f.

Mißlingens einer Ehe regelt, irgendwie eine Aussage über das zugrundeliegende Rechtsverhältnis machen, und wenn der Gesetzgeber gerade die Gestaltung dem einzelnen überlassen will, muß also auch eine offene Formulierung gewählt werden, sodaß ein Satz wie "die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet" gar nicht so ungeeignet scheint, diesen gesetzgeberischen Zweck zu erreichen. Aber gerade diese Formulierung ist mit zu vielen Inhalten und Werten angefüllt, die jetzt niemandem mehr aufgezwungen werden sollen, und durch die unveränderte Übernahme ist ja nicht nur der Tendenz Vorschub geleistet, die alten Pflichten zu übernehmen, sondern auch noch alle Pflichten unter § 1353 zu subsumieren, auf deren Übernahme im Gesetzestext ausdrücklich verzichtet wurde(162).

Für die Festschreibung bestimmter Pflichten scheint zu sprechen, daß die praktische Durchführung der Lebensgemeinschaft durch das sich Einigen-Müssen i.S.d.Gleichberechtigung erschwert erscheint(163). Diese Erschwerung ist abernicht nur in Kauf zu nehmen, sondern zu begrüßen, denn es kann nicht angehen, die Lebensverhältnisse auf Kosten eines Teiles zu vereinfachen. Diese Schwierigkeiten in der Gestaltung ergeben sich zudem nicht nur daraus, daß es grundsätzlich anstrengender ist, sich zu einigen als etwas zu diktieren, sondern auch und gerade daraus, daß althergebrachte Verhaltensmuster und -pflichten unreflektiert auf flexible Lebensformen übertragen werden. Eine gleichberechtigte Partnerschaft läßt sich weder nach patriarchalischen Grundsätzen beurteilen noch leben.

Hier ist dem Gesetzgeber mangelnde Konsequenz vorzuwerfen. Er hat immer wieder die Veränderung seines Eheverständnisses, die verstärkte Individualität betont, war aber nicht ehrlich genug, dies auch durch deutliche Formulierungen zum Ausdruck zu bringen(164).

Eine weitere Inkonsequenz stellt in § 1353 II die Beibehaltung der Herstellungsklage dar, also einer völlig folgenlosen Klage,

---

(162) Dadurch werden auch Schwerpunktsetzungen und Gewichtungen vorprogrammiert, denen sich der Gesetzgeber enthalten sollte und wollte, z.B. hinsichtlich des Rechts auf Erwerbstätigkeit und Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft ergibt sich aus § 1353 ein ungerechtfertigter Vorrang des letzteren. Und man findet immer noch Aussagen über die "Funktionsteilung" zwischen Mann und Frau.

(163) vgl. bei Pal.-Diederichsen zu § 1353, Anm. 2 b

(164) z.B. eine Formulierung wie: Eine Ehe ist die Lebensgemein-

die hinsichtlich ihres tatsächlichen offengelegten Inhaltes mangels Vollstreckungsmöglichkeit schon immer wenig sinnvoll war, und deren praktische Relevanz im Bereich des Scheidungsrechts durch das Abgehen vom Verschuldensprinzip hinfällig wurde. Der Verzicht auf diese Klage wäre also zwingend gewesen(165). So aber entsteht fälschlich der Eindruck, das Familiengericht sei eine Art Streitschlichtungsinstanz, und da der Gesetzgeber dann auch regeln mußte, wann dem Herstellungsverlangen keine Folge zu leisten ist, was er auch bei Scheitern der Ehe annahm, hat er selbst Handhabe geboten, ihm zu unterstellen, die Ehe sei neuerdings auf Zerfall angelegt. Es ist ihm also nicht nur Inkonsequenz(166) vorzuwerfen, sondern er hat durch Aufrechterhalten einer überflüssigen Norm auch seine Glaubwürdigkeit untergraben.

ab) § 1355 war in Sachen Gleichberechtigung immer heiß umkämpft, und im Zuge der gesamten Entwicklung ist zu beobachten, daß hier die Schritte in Richtung Gleichberechtigung besonders klein und zögernd sind. Auch diesmal wieder wurde durch die Eröffnung der Wahlmöglichkeit hinsichtlich des Ehenamens zwischen Geburtsnamen des Mannes und der Frau ein solcher getan - eine Forderung übrigens schon aus den Zeiten des Erlasses des BGB, und wieder fehlt es an der nötigen Konsequenz. Genauso wie sich in § 1356 aus dem Einigungsrecht eine Einigungspflicht der Ehegatten ergibt, wäre es für § 1355 folgerichtig gewesen, das eingeräumte Wahlrecht mit einer Wahlpflicht zu koppeln.
Dies wäre sogar für den auf der Bewußtseinsebene notwendigen Lernprozeß hinsichtlich der Gleichberechtigung sehr positiv gewesen, dem angehenden Ehemann hätte so deutlich werden können, daß er einen gleichwertigen Menschen mit Persönlichkeits- und Freiheitsrechten heiratet, für den der Verzicht auf seinen Namen weder eine besondere Ehre noch belanglos sein muß.

---

schaft gleichberechtigter Partner verschiedenen Geschlechts, die ja auch sämtliche Lebensformen ermöglicht hätte.

(165) Der einzige Sinn dieser Klage könnte noch darin gesehen werden, daß sich ein "verlassener" Gatte so Klarheit über die Trennung verschaffen kann, also darüber, ob der andere tatsächlich die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt.

(166) Inkonsequent war übrigens auch, daß § 1300 wieder nicht aufgehoben wurde, denn er verstößt gegen Art.3 II, vgl. MünchKomm-Wacke § 1300 RdNr.5; Wacke schlägt dort RdNr.8 auch eine konkrete Veränderung i.S. des Art.151 II Schweizer ZGB vor.

Somit ist die Auffangklausel, daß im Fall der Nichterklärung der Verlobten automatisch der Mannesname wieder Ehename wird, auf das Entschiedenste abzulehnen!
Die Chancen für Mann und Frau hinsichtlich der Namensgestaltung sind hier offensichtlich ungleich, was einen Verstoß gegen Art. 3 I darstellt, wegen der dort geforderten Chancengleichheit und gegen Art.3 II wegen der ungerechtfertigten Anknüpfung an das Geschlecht.
Wie wichtig dieser Bereich für die Verwirklichung der Gleichberechtigung ist, kann man schon daran erkennen, wie heftig auch das Wahlrecht abgelehnt wurde. Die Männer sehen die Tatsache, daß die Familie ihren Namen trägt, als eine Bevorrechtigung an, die sie nicht aufgeben wollen. Schon aus diesem Grund ist aber darauf zu bestehen, denn die Frauenfeindlichkeit der Gesellschaft tritt klar zu Tage, wenn es offenbar für den Mann Schande und Prestigeverlust ist, den Namen der Frau anzunehmen(167).

ac) Für Eheverständnis und Regelung der Ehe ist § 1356 die entscheidende Norm; nur dort kommt ja auch zum Ausdruck, daß sich etwas geändert hat, haben soll, indem derjenige Bereich des ehelichen Lebens, der bisher "wesengemäß" und traditionsgemäß der Frau unterstellt wurde, bzw. auf den die Frau von vornherein beschränkt wurde, nämlich der Haushalt, nun auch dem Mann zugewiesen wird, da die Ehegatten seine Erledigung in gegenseitigem Einvernehmen regeln müssen. Durch die Klarstellung, daß beide Gatten über diesen Bereich entscheiden, ihn einteilen und regeln können und müssen, wird die Rollenfixierung aufgehoben und das Märchen von der "geborenen Hausfrau" als solches erkannt, wodurch die Voraussetzung für eine flexiblere freiere Lebensgestaltung für beide Partner geschaffen wird.
Zweierlei ist aber hierbei problematisch. Erstens bleibt Haushalt als "Beruf" bestehen, schon durch seine mehrfache Erwähnung im Gesetz(168), zweitens führt die Tatsache, daß der Gesetzgeber

---

(167) Gut ist - auch i.S. v.Gleichberechtigung, daß §§ 56,57 EheG weggefallen sind.

(168) Die dortigen Tätigkeiten erscheinen auf diese Weise unabänderbar notwendig, was grundsätzlicher hätte in Frage gestellt werden müssen, denn um die Frauen ans Haus fesseln und vom öffentlichen Leben abschneiden zu können und im Haushalt tagesfüllend zu beschäftigen, wurden Auffassungen von Sauberkeit und Gründlichkeit ausgeprägt, die völlig übertrieben sind, die aber, selbst wenn man sie beibehalten will, mit Hilfe von Küchengeräten und Maschinen heute

vom Leitbild der Hausfrauenehe abgegangen ist und die Ehegestaltung völlig offenläßt, nicht automatisch zu partnerschaftlichen Ehen. Will z.B. eine Frau, die bisher den Haushalt geführt hatte, und deren Mann auf dieser Aufgabenverteilung besteht, erwerbstätig sein, so bleibt ihr einmal die Möglichkeit, sich durch Doppelbelastung völlig zu überfordern, nämlich Beruf und Hausarbeit vollständig allein zu bewältigen, zum anderen, die Idee der Erwerbstätigkeit wieder aufzugeben, oder aber sich scheiden zu lassen. Daß alle drei Möglichkeiten nicht die Ideallösung bieten, liegt auf der Hand. Dies zeigt zweierlei: § 1356 bietet keinerlei Hilfsmittel, einen derartigen Konfliktfall in irgendeiner Art zu lösen(169), denn niemand kann den Mann zu irgendetwas zwingen und auch,ihn über § 1353 zur Mithilfe im Haushalt zu verpflichten, nützt gar nichts. So wird deutlich, daß § 1356 nur auf Ehen paßt, vor allem auf Eheleute, die schon ein partnerschaftliches Bewußtsein haben, für die aber die Regelung solcher Einzelheiten wiederum überflüssig ist. Der Gesetzgeber hatte das Gesetz in der Motivation erlassen, die Gleichberechtigung weiterzuverwirklichen, hat aber eine Form gewählt, die die Gleichberechtigung voraussetzt. Einen Anwendungsbereich hat die Norm damit praktisch nicht. Abgesehen davon, daß die Gerichte mit bestehenden Ehen ohnehin nicht befaßt werden, wiederholt sie für die gleichberechtigte Ehe Selbstverständliches, den übrigen Eheleuten aber hilft sie ihre Konfliktfälle nicht lösen und bringt sie auch nicht weiter, weswegen diese leicht im Altbekannten und Vertrauten verharren bleiben.
Zudem macht die Notwendigkeit solch einer Regelung von Einzelheiten am besten deutlich, wie weit die Verwirklichung eines entsprechenden Verständnisses noch entfernt ist(170), während aber die Art und Weise der Regelung kaum geeignet erscheint, dazu bei-

---

in weit kürzerer Zeit zu verwirklichen sind als früher. Anstatt aber deshalb die wirklich noch anfallenden Haushaltstätigkeiten zur Nebensache zu erklären, sind heute in den Medien alle möglichen idealisierenden und glorifizierenden Kampagnen zu beobachten, die nötig sind, um vollwertigen Menschen diese Arbeit noch als die allein Seligmachende "verkaufen" zu können (z.B. soll wieder Brot gebacken, eingekocht, selbst genäht, der Haushalt perfekter geführt werden etc.)

(169) so sagte schon Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung, 1904 "vielmehr heißt die technische Forderung der Vollständigkeit nur, das Gesetz dürfe den nicht im Stich lassen, der für eine bestimmte Lebenslage frage, was rechtens sei",S.20

zutragen, sondern eher dazu, Überkommenes zu perpetuieren.
Da es in das Konzept der "ökonomischen Kräfte" - wie oben ausgeführt - auch besser paßt, die Frauen als "industrielle Reservearmee" je nach Bedarf in Richtung Haushalt oder in Richtung Erwerbstätigkeit manipulieren zu können, drängt sich hier der Verdacht auf, daß die Möglichkeit des Überhandnehmens alter, also frauenfeindlicher Lebensformen gern in Kauf genommen wurde.
Die bekanntgegebenen Wertungen des Gesetzes werden auch nicht sehr deutlich, jeder kann subsumieren und sogar dies als Pflicht ausgestalten, was gerade ihm wichtig ist.
Gerade bei § 1356 wird das sehr deutlich hinsichtlich der Problematik der Mitarbeitspflicht(171) des einen Gatten im Betrieb oder Geschäft des anderen. Statt aus dem Verzicht auf eine diesbezügliche Regelung zu schließen, daß eine solche nicht mehr besteht, sondern jeder Gatte selbst über den Einsatz seiner Arbeitskraft zu verfügen hat, daß im übrigen seinem Partner gegenüber diesbezüglich keine über Unterhaltspflichten hinausgehenden Verpflichtungen bestehen, greifen die Kommentierungen, ohne zu zögern, auf den noch viel offener formulierten § 1353 zurück und lesen dort zwischen den Zeilen die alte Mitarbeitspflicht schnell wieder heraus(172).
Damit wird die ganze Reform fragwürdig, und insbesondere für die Gleichberechtigung wenig effektiv, die durch eine derartige Auslegung geradezu verhindert wird.
Sie scheint auch durch § 1356 II gefährdet, wo für beide Ehegatten das Recht zur Erwerbstätigkeit geregelt ist. Auch hier wird durch die bloße Formulierung eine Art Ausnahmecharakter impliziert, und gleich kristallisiert sich in den Kommentierungen eine Art der Auslegung heraus, die entsprechend dem Wortlaut beide Gatten zur Rücksichtnahme auf die Belange des anderen und der Familie verpflichtet, aber empörenderweise die Frau zu etwas mehr

---

(170) Das Problem liegt ähnlich wie bei Art.3 II selbst: die Formulierung scheint Selbstverständliches zu betreffen, in Wirklichkeit ist man weit davon entfernt, wobei Art.3 II wenigstens seinen einen Adressaten, den Gesetzgeber erreicht, § 1356 seine Adressaten aber nicht.

(171) Wie fest die Mitarbeitspflicht als Pflicht noch verankert ist, zeigt sich u.a.z.B. daran, daß man noch betonen zu müssen glaubt, daß bei Gewährung eines Entgelts keine Schenkung vorliege, Pal.-Diederichsen zu § 1356, Anm. 4 c; Überdies spricht er Anm.1 immer nur von Doppelverdiener-u. Hausfrauenehe, während man eine Erwähnung der "Hausmannene" vermißt. Indem diese einfach unterschlagen wird, klingt heraus, w i e abwegig sie immer noch erscheint.

Rücksichtnahme, wenn es um die Belange der Familie, speziell der Kinder gehe.
Offenbar lautet die Formel für die Frau Gleichberechtigung = Etwas-mehr-Verpflichtung, und sie soll um alles in der Welt auf ihre angeblich so naturgegebene Funktion der Hausfrau und Mutter fixiert werden, wodurch letztendlich auch der Mann bevormundet wird(173), und wodurch die alten Positionen bei aller Betonung der Veränderung erneut verfestigt werden.
Der Gesetzgeber hat also dadurch, daß er in seinen Formulierungen Gleichberechtigung voraussetzt, die Möglichkeiten für eine gleichberechtigungsfeindliche Auslegung geschaffen(174).

ad) § 1357 I läßt in bezug auf die Gleichberechtigung keine Wünsche offen, entspricht Art.3 II in seinem Wortlaut ganz. Allerdings besteht auch hier eine Tendenz, die Norm gleichberechtigungswidrig auszulegen, nämlich im Innenverhältnis doch wieder nach Umfang und Ausmaß der Haushaltsführung auch den der Schlüsselgewalt zu differenzieren, was man hier aber nicht auf denzu generalisierenden Wortlaut der Norm zurückführen kann, sondern höchstens auf die allgemein bestehende Neigung hierzu.
Abs.2 aber widerspricht der Gleichberechtigung direkt, denn ein derart weitgehendes Verfügungsrecht des einen Gatten über den anderen paßt nicht zu gleichberechtigten Partnern, und hätte man eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts vorausgesetzt, wäre nichts verloren gewesen. Hier zeigt sich deutlich ein Grundmangel der gesamten Reform: es genügt eben nicht, Regelungen, die von Patriarchalismus und Unterdrückung geprägt sind, einfach auf beide Ehegatten auszudehnen, ebensowenig wie es genügt, Generalklauseln in der alten Form zu übernehmen und einfach zu behaupten, sie hätten nun einen anderen Inhalt. Die ganzen neuen Vorschriften widersprechen der Gleichberechtigung zwar nicht mehr direkt - abgesehen von der Auffangklausel des § 1355 -, aber sie lassen konsequentes Umdenken vermissen.

---

(172) An dieser Mitarbeitspflicht, die so problemlos aus den anderen Regelungen hergeleitet wird, wird ein Hauptmangel der Reform überdeutlich: Im Grunde würde es wirklich für die gesamten ehel.Lebensverhältnisse genügen, wenn normiert würde, "die Eheleute müssen sich einigen", nicht aber wenn sie gar nicht wissen, worüber; es fehlt total an jeglicher Aufklärungsarbeit, Romantik ist hier fehl am Platz.

(173) Man nimmt ihm von vornherein jede Chance, sich seiner Verantwortung für die Kinder bewußt zu werden, die schließlich über die Beschaffung der finanziellen Mittel hinausgeht u.darauf weder in seinem noch im Interesse der Kinder beschränkt werden darf.

ae) Die Ausgestaltung der ehelichen Unterhaltspflicht kann unter dem Aspekt der Gleichberechtigung vom Wortlaut her als zufriedenstellend beurteilt werden. Es ist genügend zum Ausdruck gebracht, daß beide Gatten unterhaltsverpflichtet sind (Gleichberechtigung ist ja auch Gleichverpflichtung), und für jede Gestaltungsform der Ehe ist eine angemessene Rechtsfolge vorgezeichnet. Allerdings ergibt sich aus § 1360 nicht etwa, wie häufig unterstellt, eine heimliche Vorliebe des Gesetzgebers für die Doppelverdienerehe, sondern vielmehr - durch die besondere Regelung der Unterhaltspflichten im Fall der Hausfrauenehe - ein gewisser Vorrang für diese.
Ein weiterer Mangel zeigt sich an der Vorstellung des Gesetzgebers, es bestehe Gleichberechtigung nicht nur zwischen Mann und Frau, sondern auch zwischen Nur-Hausfrau und erwerbstätiger Frau, was eine realistische Wahlmöglichkeit zwischen sämtlichen denkbaren Eheformen voraussetzt, die der Gesetzgeber auch für gegeben hält. Hierbei handelt es sich aber um eine reine Fiktion. Indem die Haushaltstätigkeit zum vollwertigen Unterhaltsbeitrag erklärt wird, wird nur verhindert, eine Verpflichtung jedes Menschen zur Erwerbstätigkeit anzunehmen, die Hausfrauentätigkeit wird aber dadurch in keiner Weise zu einem echten Beruf ausgestaltet. Die soziale Schlechterstellung der Hausfrau setzt sich fort, ihre vollständige finanzielle Abhängigkeit vom Mann bleibt bestehen, sodaß die wirkliche Gleichberechtigung auch der Hausfrau konsequent verhindert wird.
Solange hier kein Umdenken entweder in der Weise erfolgt, daß häusliche Tätigkeiten Nebensache sind, die von allen Familienangehörigen neben der Erwerbstätigkeit erledigt werden oder aber von einem Familienangehörigen ausschließlich, der dann aber voll bezahlt, kranken- und sozialversichert werden muß, kann weder von Wahlmöglichkeit noch von Gleichberechtigung eine Rede sein.

af) Daß § 1361 die in der Ehe getroffene Arbeitsteilung perpetuiert und somit Erwerbstätigkeit auch nur von dem Gatten verlangt, der auch dort erwerbstätig gewesen war, ist zu begrüßen.

---

(174) Wenn man schon auf eine solche Regelung nicht zu verzichten können glaubte, wäre eine alles umfassende Formulierung möglich gewesen wie: "Die Ehegatten regeln ihre Lebensgestaltung im gegenseitigen Einvernehmen und haben in jeder Hinsicht die gleichen Rechte und Pflichten".

Es ist dies eine konsequente und vor allem ehefreundliche Regelung, denn würde man nun über die Trennung hinaus völlig veränderte Verhältnisse schaffen, würde dies die Trennung verschärfen und Wiederversöhnungschancen vermutlich verringern. Außerdem müßte die Trennungsentscheidung unter finanziellen Aspekten getroffen werden(175).

Für Härtefälle ist über § 1361 III die Regelung des § 1579 I Ziff.2 bis 4, sowie Abs.2 anwendbar, was unter dem Aspekt der Einzelfallgerechtigkeit vertretbar erscheint, in der jetztigen Ausprägung aber wegen der so doch möglichen Berücksichtigung von Trennungsverschulden bedenklich. Vom Wortlaut des Gesetzes her hätte diese Gefahr nicht unbedingt bestanden, aber in den Kommentierungen wird § 1579 und damit § 1361 III in einer Weise ausgelegt, die die Berücksichtigung von Verschuldensaspekten wieder voll zuläßt; also z.B. kein Unterhalt, "... wenn Trennung ohne äußeren Anlaß aus reiner Laune geschieht"(176).

Man kann also sehen, daß der Gesetzgeber seine Intentionen selbst zunichte gemach t hat, daß nämlich durch die Härteklausel die Anknüpfung an sachliche Kriterien wie die innereheliche Aufgabenverteilung und die Bedürftigkeit verwischt wird, daß überdies - und das ist fast noch negativer zu bewerten - dadurch in jedes Verfahren, in dem der Unterhalt bei Getrenntleben strittig ist, wieder die übliche "schmutzige Wäsche" hineingetragen wird, weil naturgemäß der Unterhaltsverpflichtete versuchen wird, Gründe geltend zu machen, die die Gewährung von Unterhalt unbillig erscheinen lassen.

Insgesamt wird die Regelungsfunktion im Bereich der allg. Ehewirkungen nach allem fraglich, Gleichberechtigung und ein wirklich liberales Ehebild scheinen erst nach vollständiger Umstellung der Systematik im Gesetz zu verwirklichen, eine Voraussetzung, die wohl nicht erreicht werden kann.

---

(175) Positiv zu erwähnen ist auch noch die Regelung des § 1361 Abs.1 S.2, wonach die soziale Sicherung des nicht erwerbstätigen Gatten vervollständigt wird, bzw. genauer gesagt, das noch längst nicht vollständige, hier gewählte System der Sicherung komplettiert wird.

(176) Pal.-Diederichsen zu § 1361, Anm. 3 a. Man hat oft den Eindruck, von Frauen wird erwartet, daß sie in der Ehe ausharren, bis ihre Situation wirklich auch nach außen hin absolut unerträglich ist. In Wirklichkeit aber wird doch der Trennungsentschluß meist auf innere Vorgänge zurückzuführen sein.

Die Gesetzgeber hängen so fest in der Systematik, ja in den Formulierungen des BGB v. 1900, daß der Gleichberechtigung schon von daher immer Hemmnisse entgegenstehen. Man kann also nicht einmal sagen, sie sei in der Fassung des Gesetzes voll verwirklicht. Der Wortlaut kommt ihr zwar nahe, dessen Implikationen aber nicht. Ist dies Absicht?

b) Scheidungsrecht

Die Bestrebung des Gesetzes, das Scheidungsverfahren objektivieren, versachlichen, "entgiften" zu wollen, drückt sich gleich in § 1564 aus, indem statt Kläger und Beklagter Antragsteller und -gegner agieren. Dies ist zu begrüßen, fraglich ist aber, ob diese Tendenz, die auch gleichberechtigungskonform erscheint, durchgehalten wurde.
Die Systematik des Scheidungsrechts, die eigentlich ganz einfach aussieht, muß man sich in Wirklichkeit erst genau verdeutlichen, um die Tragweite der einzelnen Regelungen erkennen zu können. Seit nämlich § 1565 II in der vorliegenden Form in die vorher stimmige Regelung eingeschoben wurde, sehen die Voraussetzungen einer Scheidung folgendermaßen aus: wer keine Gründe in der Person des anderen Ehegatten dartun kann oder will, die die Fortsetzung der Ehe zu einer unzumutbaren Härte werden lassen, ist in jedem Fall gezwungen, mindestens ein Jahr getrennt zu leben. Die Scheidung direkt nach § 1565 I kommt dann eigentlich nur in Frage in Fällen des Getrenntlebens zwischen einem und drei Jahren wo sich die Gatten über die Scheidung nicht einig sind, oder in Fällen des Einigseins, wo die Eheleute die Folgen nicht regeln können. Ansonsten greift hier die Vermutung des § 1566 I ein, oder bei Uneinigkeit nach dreijähriger Trennung die des § 15 66II. Daß aber eine Scheidung über § 1565 I und die Prüfung des Scheiterns danach nur in so wenigen Fällen möglich ist, merkt man auf den ersten Blick gar nicht. Hat man sich dies erst klargemacht und bedenkt man zusätzlich, daß über § 1565 II ganz deutlich Verschuldensmomente Einlaß ins Gesetz gefunden haben, so folgt daraus, daß im Grunde von einem Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip gar nicht die Rede sein kann, daß vielmehr eine Art Fristenscheidung + Verschuldensscheidung geschaffen wurde, die nur nicht so genannt wird. Und dadurch, daß de facto das Getrenntleben zur Scheidungsvoraussetzung gemacht wurde, so-

fern man jedenfalls das 'Waschen der schmutzigen Wäsche' vermeiden will, eine Voraussetzung also, die immer mit materiellen oder tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, wird die viel gehörte Hypothese, die Scheidung sei durch das neue Scheidungsrecht so eminent erleichtert worden, bereits erschüttert.
Gerade durch den"Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip" sei ja die Ehe "auf Zerfall programmiert", wie immer wieder behauptet wird. In Wirklichkeit besteht die einzige gravierende Veränderung in dieser Hinsicht in der Gewißheit, daß man einen nicht mehr ehewilligen Gatten nicht auf Lebenszeit in einer Ehe festhalten kann, sondern entweder nach 3 Jahren gem. § 1566 Abs.2 oder spätestens nach 5 Jahren gem. § 1568 II die Scheidung ausgesprochen werden muß(177).

ba) Daß anstelle des konsequenten Zerrüttungsprinzips, das zunächst konzipiert war, eher von einer Fristenscheidung mit Verschuldenselementen gesprochen werden muß, ergibt sich daraus, daß durch die Fassung des § 1565, sowohl in Abs.1 als auch besonders in Abs.2, die Möglichkeit geschaffen wurde, Verschuldenselemente so stark zu berücksichtigen.
Bei Abs.1 werden in denKommentierungen ohne viel Reflexion über die angestrebte Änderung die ganzen überkommenen Zerrüttungsursachen, die durch die Rechtsprechung im Rahmen von § 43 EheG listenmäßig entwickelt worden waren, als Indizien für das Scheitern der Ehe wieder aufgenommen, sodaß also der scheidungswillige Teil seine eigenen oder die"Eheverfehlungen"des anderen Teils vortragen wird, um das Scheitern zu verdeutlichen.
Dabei hatte doch der Richter veranlaßt werden sollen, die Lebensumstände gerade dieser individuellen Ehe zu prüfen und danach das Scheitern festzustellen, und zwar nach der gesetzlichen Definition, wonach eben geprüft werden soll, ob die Lebensgemeinschaft der Gatten noch besteht oder wiederhergestellt werden wird Zwar müssen auch danach Teile des Privatbereichs vor Gericht erörtert werden, aber doch hätte noch die Chance bestanden, das Verfahren sachlicher zu halten. Der Auslegung der Kommentare ,

---

(177) Nicht einmal dies scheint inzwischen noch gesichert, nachdem in der Literatur hier bereits die Anwendung des § 242 vorgeschlagen wurde.

die ja in der Rechtsprechung nicht wenig Gewicht erhalten wird, wurde jedoch dadurch Vorschub geleistet, daß bei der Scheidung über § 1565 II, die in all den Fällen angestrebt werden wird, wo entweder der scheidungswillige Gatte überhaupt keine Wartezeit hinnehmen will, wo er aber insbesondere wegen der ohnehin streitigen Scheidung nicht volle drei Jahre warten will, oder wo sich die Gatten Getrenntleben über eine so lange Zeit nicht leisten können oder wollen, also in der Mehrzahl der Fälle, Verschulden wieder effektiv zur Scheidungsvoraussetzung wird. Hier wird die Scheidungspraxis des alten Rechts wieder aktuell.
Der Scheidungswillige wird entweder nach Kräften versuchen, den Scheidungsunwilligen zu "belasten", also Gründe in seiner Person zu suchen, die für ihn das Festhalten an der Ehe unzumutbar machen - hier wird wieder gelogen werden und belastende Zeugenaussagen werden wieder bedeutsam - oder aber die Gatten sind sich hinsichtlich der Scheidung einig, dann wird es einer nach der Muster der alten Konventionalscheidung übernehmen, in seiner Person solch einen scheidungserheblichen Grund entstehen zu lassen, was bedeutet, daß vor Gericht dasselbe Scheidungstheater gespielt wird wie vor der Reform, sodaß § 1565 II alle Absichten des Gesetzgebers hinsichtlich des Verfahrens zunichte gemacht hat.
Falls sich hinsichtlich der reinen Scheiternsprüfung doch eine objektivierende Anwendung durchsetzen sollte, so kann dies wegen der untergeordneten Rolle derselben nicht viel retten, zumal § 1565 II neben all seinen Mängeln auch noch so schlecht formuliert, daß unklar bleibt, ob hier das Scheitern gesondert geprüft werden muß oder durch die unzumutbare Härte indiziert wird. Auf dem ersten Weg ist die unlogische Lösung denkbar, daß die Ehe gescheitert ist, ihre Aufrechterhaltung aber zumutbar erscheint, beim zweiten Weg ist die Scheiternsprüfung verändert, wird also nicht über Analyse und Prognose für die Ehe durchgeführt.
Nach alledem muß deutlich geworden sein, daß die Ehe nicht mehr und nicht weniger "auf Zerfall programmiert" ist als bei Geltung des alten Scheidungsrechts, wo ja auch schon Eheleute, die beide geschieden werden wollten, dies ohne weiteres erreichen konnten. Im Grunde hat sich - erstens dadurch, daß sich der Gesetzgeber auf § 1565 II eingelassen hat, zweitens durch die entsprechenden Kommentierungen und ihre Auslegung des § 1565 I - in der Tat im Scheidungsrecht nicht viel geändert, was denn auch dazu führt,

daß in diesem Bereich für die Gleichberechtigung im Sinne von Selbstverwirklichung und Menschenwürde für jeden Menschen nicht viel, letztendlich gar nichts, getan wurde.
Verschärft wird diese Konsequenz dadurch, daß sämtliche Regelungen scheidungsunfreundlich, -erschwerend ausgelegt werden, während zum einen die Panik vor der Ehescheidung schon deshalb verfehlt ist, weil schließlich eine Scheidung reparabel ist, und zum anderen wird offenbar von sämtlichen Autoren übersehen, daß meist beide Partner unter dem Scheitern ihrer Ehe leiden, daß dies selbst für den Scheidungswilligen letztendlich ein Unglück darstellt. Gerade die Autoren, die so viel vom Wesen der Ehe und vom Eckpfeiler der Kultur etc. reden, scheinen im Grunde viel eher die Ehe als Pflicht, Strafe und als Vertrag aufzufassen, den man brechen kann, und dessen Verstoß dann durch Festhalten an diesem Vertrag oder durch Schadensersatz geahndet wird, sonst könnte es nicht passieren, in § 1565 II eine Rechtsmißbrauchsklausel zu sehen.

bb) Ohne den Einbruch des § 1565 II und die insgesamt scheidungserschwerende Auslegung hätte durch § 1566 in der Tat die Aussicht bestanden, das Verfahren zu objektivieren und die Erörterung des Ehelebens im einzelnen weitgehend zu vermeiden, denn dann hätte das Einhalten der Trennungsfristen echte Vorteile bringen können, die jetzt weitgehend hinfällig werden, zumindest aber nicht mehr so attraktiv sind, ganz abgesehen davon, daß sie kaum publik gemacht wurden.
Jetzt erscheint eine Konventionalscheidung im neuen Gewand attraktiver, denn dadurch entfallen Trennungsfristen und die Einigungspflicht hinsichtlich bestimmter Folgesachen(178).
Für die streitige Scheidung liegen die Vorzüge dafür, zunächst die Scheidung über § 1565 II zu versuchen, auf der Hand. Sollte dies fehlschlagen, kann man ja immer noch die lästigen drei Jahre warten.
So ist zu erwarten, daß § 1565 II nicht nur die möglichen Verbesserungen seines Abs.1 zunichte macht, sondern auch die Ansätze des § 1566,und wirklich betraf die Mehrzahl der ersten Gerichtsentscheidungen zum neuen Recht den § 1565 II.

---

(178) Überdies ist auch im Rahmen des § 1566 Raum für ein "Scheidungstheater", denn wer alle Folgefragen geklärt hat, kann vor Gericht vorbringen, innerhalb der ehelichen Wohnung schon über ein Jahr getrennt gelebt zu haben.

Ein Mangel des § 1566 selbst bleibt noch zu erwähnen, der auch Probleme des alten Rechts in das neue überträgt. Da nämlich gem. Abs.1 auch genügt, daß der Antragsgegner der Scheidung zustimmt, können ebenso wie früher finanzkräftige Antragsteller die Zustimmung durch großzügige Unterhaltsregelungen erkaufen, oder die Kinder werden zum Handelsobjekt.
An all dem wird vor allem deutlich: wenn eine Ehe einmal gescheitert ist, kann von Gesetzes wegen nichts gerettet werden, und dieser Tatsache hätte viel deutlicher Ausdruck verliehen werden müssen. Dann hätte das Gesetz vielleicht Helfer sein können, so ist es erneut der Gegner, den die Betroffenen zu umgehen suchen.

bc) Eine solche Helferfunktion wurde auch durch Ungenauigkeit des Gesetzestextes erschwert, z.B. hinsichtlich des Getrenntlebens innerhalb der ehelichen Wohnung.
Wann ein solches vorliegt, geht aus dem Gesetz nicht klar hervor, und aus einigen Fällen, die jetzt schon vor Gericht geprüft wurden, ist ersichtlich, daß an diesen Begriff so hohe Anforderungen gestellt werden, daß dieses Getrenntleben innerhalb der ehelichen Wohnung - insbesondere gegen den noch ehewilligen Gatten - kaum beweisbar ist. Dabei könnte man hier dem Scheidungswilligen ruhig mehr Glauben schenken, der ja seine eigenen Motivationen besser durchschaut.
Somit können sich auf das Getrenntleben letztlich nur finanzkräftige Eheleute berufen , die es sich leisten können, 2 Haushalte zu unterhalten.
Im Rahmen des § 1567 sei noch an ein anderes Problem erinnert, § 1567 II wurde in dieser Form erlassen, um Versöhnungsversuche nicht zu verhindern. Welcher Betroffene weiß so etwas, solange er noch keinen Anwalt aufgesucht hat?

bd) In § 1568 ist ein ganz entschiedener Einbruch in das "Zerrüttungsprinzip" zu sehen, allerdings in ein Prinzip, das ohnehin schon durch § 1565 II so stark erschüttert wurde, daß man beinahe geneigt ist zu sagen, es kommt nicht mehr darauf an. Hier aber ist die Systemwidrigkeit noch besonder deutlich, weil sie zudem sinnlos ist, denn die eigentliche Härte - wenigstens für den noch ehewilligen Gatten - liegt nicht in der Scheidung selbst, sondern im Scheitern der Ehe, das in der Scheidung ja lediglich seinen formellen Abschluß findet. Was wirtschaftliche und Kindesinteressen anlangt, so gehören die ersteren in den Bereich des Scheidungsfolgenrechts, die letzteren werden durch for-

male Beibehaltung der Ehe nicht zwingend positiv oder negativ berührt. Im Grunde ist an dieser Stelle die häufig geführte Diskussion: Leiden die Kinder mehr in einer zerrütteten bestehenden Ehe oder nach einer Scheidung? völlig überflüssig und irrelevant, weil meistens die Scheidung oder Nicht-Scheidung an den tatsächlichen Lebensumständen der Kinder überhaupt nichts ändern wird. Die Nicht-Scheidung erhält ihnen den anderen Elternteil nicht, denn dieser kann ja dennoch die Familie verlassen, und die Scheidung überläßt sie auch nur einem Elternteil. Auch hier wird man sagen können: das Bedauerliche für die Kinder ist die Zerrüttung der Ehe und Familie, weil sich dadurch ihr harmonischer Lebensraum verändert; dieser aber kann staatlicherseits durch nichts in der alten Form wiederhergestellt werden, so sollte lieber die Möglichkeit eröffnet werden, einen neuen zu schaffen. So war es ja auch Motivation des Gesetzgebers, die Folgen dieser Zerrüttung, dieses Scheiterns der Familie menschenwürdig gestalten zu helfen, das berühmte Maximum an Fairness und Minimum an Bitterkeit zu erreichen. Dies ist nicht gelungen und somit auch ein Beitrag zur Gleichberechtigung der Geschlechter nicht zu erkennen.

c) Scheidungsfolgenrecht

In diesem Bereich gewinnt wieder die Verwirklichung der Gleichberechtigung besondere Bedeutung, denn bei der Scheidung einer Ehe tritt die finanzielle Abhängigkeit des nicht erwerbstätigen Gatten plötzlich offen zutage. Man muß zwar,um Gleichberechtigung zu verwirklichen, die finanzielle Unabhängigkeit schon in der bestehenden Ehe anstreben, denn auch dort müssen beide Gatten grundsätzlich eigenständig, selbstbestimmt und frei sein - nur diese Voraussetzungen machen sie auch zu einer solchen Partnerschaft fähig -, im Falle der Scheidung aber wird diese Notwendigkeit überdeutlich. Und wenn auch das Scheidungsfolgenrecht im Grunde damit überfordert ist, alle ehebedingten Nachteile plötzlich ausgleichen zu sollen, was dort auch zu den Regelungsschwierigkeiten führt, so liegt hier doch im Moment die einzige Möglichkeit, den Ehegatten zu helfen, ihre Verbindung wenigstens ohne finanzielle Schädigungen so fair wie möglich lösen zu können.

Daß im Grundsatz dennoch von der Eigenverantwortung beider Partner ausgegangen wird, ist ausgesprochen positiv zu bewerten. Es ist im Hinblick auf die Gleichberechtigung aller Menschen absolut unerläßlich, Gleichberechtigung auch als Gleichverpflichtung zu verstehen und dies auch konsequent durchzuführen, also jeden Menschen auf eigene Füße zu stellen. Mag es am Anfang auch hart erscheinen, es wird niemand wirklich selbständig sein, der nicht imstande ist, für sich selbst zu sorgen, und ein unselbständiger Mensch weiß mit seiner Gleichberechtigung nicht nur nichts anzufangen, sie wird ihn nur beängstigen.

Da das 1.EheRG auch auf viele Ehen trifft, die seit langen Jahren bestehen, also häufig auf Frauen, die noch keinen Beruf erlernt haben oder diesem längst entwöhnt sind, mag der Grundsatz der Eigenverantwortung hart wirken und unangemessen. Das wird ja in der Kritik auch oft genug hervorgehoben. Für solche Fälle sind aber die neuen Regelungen elastisch genug, um auch befriedigende Lösungen zu bieten.

Der Grundsatz der Eigenverantwortung ist Ausdruck eines Eheverständnisses, das diese als personale Beziehung sieht und nicht als Versorgungsinstitut. Solange solche Auffassungen noch nicht alle bestehenden Beziehungen bestimmen, müssen sie aber doch das Ehefolgenrecht tragen, denn wenn die Ehe beendet ist, ist es auch die wirtschaftliche Verbindung. Zwar hatten sich zweifellos viele Menschen auf die Versorgung verlassen, weil sie sich ja auf die Lebenslänglichkeit der Ehe verlassen durften, aber auch innerhalb der Ehe ist es ja nicht zwingend, immer versorgt zu werden. Wenn z.B. der bisher erwerbstätige Ehegatte verunglückt und nicht mehr imstande ist, seine Familie zu ernähren, ist es auch unumgänglich, daß die bisherige Nur-Hausfrau diese Funktion übernimmt. Im Grunde kann man ja die Scheidung auch als ein unvorhersehbares Unglück, als Unfall ansehen, dessen Folgen nun beide tragen müssen(179).

Betrachtet man die Unterhaltsgründe im einzelnen, so stellen

---

(179) Schlimm genug und Ausdruck mangelnder Gleichberechtigung ist es ohnehin, wenn solche Regelungen, in denen die Frau auf Abruf einspringen darf, (Notarbeitspflicht), stets akzeptiert werden. Hier zeigt sich wiederum, daß es konsequenter, an sich unumgänglich, ist, grundsätzlich die Eigenverantwortung aller Menschen zu postulieren, diese praktisch nur auszusetzen, wenn eine Ehe geschlossen wird, in der beide Gatten zu der Übereinkunft gelangen, daß einer der beiden zu Hause bleiben und die Haushaltsführung und Kinderpflege vollständig übernehmen soll.

sie zunächst ein sehr überschaubares, nach objektiven Kriterien bestimmbares, Rechtssicherheit und überdies Einzelfallgerechtigkeit ermöglichendes System dar, das auch alle denkbaren Fallkonstellationen erfaßt.
Insbesondere wurde zwar der begrüßenswerte Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit aufgestellt, die Unterhaltsregelung im einzelnen aber so umfassend ausgestaltet, insbesondere durch Härte- und Billigkeitsklauseln eingeschränkt oder erweitert, daß die nötige Flexibilität zweifellos gesichert ist, daß man aber auch ebensowenig wie im Scheidungsrecht von einem durchgängigen Prinzip sprechen kann.
Nicht nur Billigkeitsklauseln bringen hier Unsicherheit in die Regelung, bei genauerem Hinsehen stellt man fest, daß auch die einzelnen Ansprüche selbst ungenau formuliert sind, in vielen Einzelfragen der Auslegung bedürfen.

ca) So ist z.B. im Rahmen des§ 1570 keineswegs von vornherein klar, wann wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes "eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann". Natürlich war es für den Gesetzgeber schwierig, hier eine bestimmte Entscheidung zu treffen, womöglich eine Altersgrenze vorzugeben, die sicher Ungerechtigkeiten begründet hätte. Er mußte also eine Formulierung wählen, die flexibel genug schien, sämtliche denkbaren Fälle zu erfassen, gleichzeitig aber so eng, daß dem richterlichen Ermessen auch Grenzen gesetzt sind(180). Ob das so gelungen ist, muß sich erst in der Praxis zeigen,denn bei der jetztigen Fassung ist das Ermessen sehr weit: derjenige Richter, der mehr die erwerbstätige Familienfrau im Auge hat, die ja meist auch noch Kinder und Haushalt zu versorgen hat, wird der Frau eher eine Erwerbstätigkeit zumuten als der Richter, der der mütterlichen Ideologie noch stark verhaftet ist(181). Dieser Unterhaltsanspruch, auch seine überstarke Sicherung im gesamten Unterhaltssystem, ist sehr zu begrüßen, weil so eine

---

(180) Beispiele für die Auslegungsfähigkeit der Regelungen bilden auch wieder die §§ 1571, 1572, 1573. Aus dem Gesetz wird nämlich nicht deutlich, wann der Unterhalt "nachhaltig gesichert" war, bzw. wann wegen Krankheit oder Schwäche oder wegen Alters eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

(181) Bestimmte Abgrenzungskriterien ergeben sich aus § 1577,wonach der Unterhaltsanspruch entfällt, soweit sich der Berechtigte aus eigenen Einkünften oder Vermögen selbst unterhalten kann. D.h., daß derjenige Gatte, der bisher -innerhalb der Ehe - erwerbstätig war, dies auch nach der

Gleichstellung der nichterwerbstätigen Frau mit der erwerbstätigen, wenigstens für die Zeit nach der Ehe, ermöglicht wird. Zudem ist hier ein deutlicher Beweis dafür zu sehen, daß in der Tat die Doppelverdienerehe auch über das Unterhaltsrecht nicht indirekt eingeführt wurde(182), und das Selbstbestimmungsrecht der Frau ist in hohem Maße verwirklicht, denn sollte sie es vorziehen, dennoch erwerbstätig zu sein, so wird ihr dies nicht verwehrt. Es könnten dann lediglich Schwierigkeiten auftreten, wenn später ihre finanzielle Sicherung wegfällt(183).

cb) Die Verknüpfung der einzelnen Unterhaltsansprüche untereinander kann eine Belastung des Verpflichteten auf Lebenszeit bewirken, während doch im Grunde nur Hilfe zur Selbsthilfe geleistet werden sollte. Dieser Grundsatz der 'Hilfe zur Selbsthilfe', der ebenso wie der der Eigenverantwortung in hohem Maße der Gleichberechtigung entspricht, ist somit vielleicht in Einzelfällen eingeschränkt. Allerdings werden dies vorwiegend Fälle sein, in denen die Ehe unter ganz anderen Voraussetzungen geschlossen war. Da in diesen Fällen die vollständige Eigenverantwortung ohnehin unangemessen sein kann, ist es vertretbar, daß sich ein dichtes Unterhaltsnetz knüpfen läßt. So kann z.B. zunächst wegen Kindesbetreuung, dann wegen Krankheit, dann wegen Alters etc. Unterhalt zu leisten sein, sodaß kaum Fälle denkbar sind, in denen es unbillig erscheint, keinen Unterhalt zu gewähren, und die das Gesetz nicht erfaßt. Daß aber nun trotz Geltung des Grundsatzes der Eigenverantwortung, der wohl als nötiges Korrektiv dafür anzusehen ist, daß im Gegensatz zum alten Unterhaltsrecht nur noch an die Bedürftigkeit angeknüpft wird, zu weitgehende und lang andauernde Unterhaltsansprüche entstehen können, widerlegt erneut den angeblichen Druck zur Doppelverdienerehe.

Scheidung eher sein kann, wobei allerdings wiederum die durch die Scheidung geschaffenen neuen Umstände zu berücksichtigen sind.

(182) Wegen der finanziellen Unabhängigkeit beider Partner ist zwar die Doppelverdienerehe besser geeignet, Gleichberechtigung der Geschlechter zu verwirklichen, aber zur Gleichberechtigung gehört ebenso die eheliche Gestaltungsfreiheit, sodaß wirklich kein Leitbild vorgeschrieben sein darf.

(183) Wenn sie dann bisher nicht durch die Kindesbetreuung an der Erwerbstätigkeit gehindert war, wäre sie nicht unterhaltsberechtigt. Hier könnte allerdings ein dem Grundgedanken des Gesetzes entnommener Vorrang des Betreuungsanspruchs bzw. der Kinderbetreuung helfen.

cc) Besonders § 1573 stützt den Unterhaltsberechtigten stark. Gerade der Aufstockungsanspruch gem. § 1573 II mag wohl angebracht sein, wenn der geschiedene Ehegatte eine angemessene Erwerbstätigkeit annimmt, die nicht entsprechend bezahlt wird, um den Verpflichteten überhaupt zu entlasten, aber z.B. in Fällen, wo beide Gatten von Anfang an erwerbstätig, also finanziell unabhängig und eigenständig waren, erscheint er unnötig und auch aus dem Blickwinkel der Gleichberechtigung unnötig gleichmachend. Zwar soll sich unter Berücksichtigung der ehelichen Lebensverhältnisse der Zielsetzung des Gesetzgebers entsprechend, der soziale Aufstieg, den die Eheleute gemeinsam in der Ehe erarbeiteten, auch nach der Ehe für beide auswirken, und so muß man wohl auch im Fall der Doppelverdienerehe das Gesamteinkommen als gemeinsam erwirtschaftet ansehen. Dennoch wird man hier den Aufstockungsanspruch nur als sinnvoll ansehen können, wenn ein Gatte neben seiner Erwerbstätigkeit den Haushalt ganz oder überwiegend führte, da die Anknüpfung an die ehelichen Lebensverhältnisse letztlich nur einen Ausgleich für den unbezahlten Beitrag zum gemeinsamen Lebensstandard sichern soll. Vor allem in solchen Fällen wird dieser Anspruch vermutlich auch nur relevant werden.
Da wegen der Möglichkeit des mehrfachen Wechsels des Ehetyps die Unterhaltsregelung schlecht diesen Ehetypen entsprechend unterschiedlich geregelt werden konnte und somit manche Regelung für den einen Ehetyp sehr angebracht, für den anderen geradezu abwegig erscheint, wäre es sinnvoll,die Billigkeitsklauseln primär zum Ausgleich in solchen Fällen anzuwenden. und nicht so sehr zur Berücksichtigung von Verschuldensaspekten.

cd) Ein weiteres Beispiel für die Fortwirkung ehebedingter Umstände und dafür, daß beide Ehegatten der Gleichberechtigung entsprechend am sozialen Status der Familie teilhaben sollen, ist die Regelung des § 1574, die den geschiedenen Ehegatten, insbesondere also den bisher nicht erwerbstätigen Gatten, somit meist die Nur-Hausfrau, nur auf eine angemessene Erwerbstätigkeit verweist. So wird die bisherige Tätigkeit anerkannt und Rücksicht darauf genommen, daß nach langjähriger ausschließlicher Haushaltstätigkeit Einstieg oder Rückkehr ins Berufsleben erschwert sind.
Wenn zur Feststellung, welche Tätigkeit angemessen ist, an die ehelichen Lebensverhältnisse angeknüpft wird, so ergibt sich

dies zwingend daraus, daß diese im Normalfall durch die Mitwirkung beider Ehegatten gestaltet wurden. Diese Regelung wurde primär aus Gründen der Gleichberechtigung in dieser Form erlassen und verwirklicht sie (vom Wortlaut her) in der Tat. Sie bringt die nicht erwerbstätige Frau der erwerbstätigen näher und macht deutlich, daß der Hausfrauenberuf gleich bewertet werden soll wie jeder andere. Hier ist des weiteren ein Beweis dafür zu sehen, daß der Gesetzgeber auch nicht indirekt das Leitbild der Doppelverdienerehe bevorzugen wollte, sondern gerade die Wahl des"Berufs" Hausfrau favorisiert, indem er diesem Beruf erstmalig finanzielle Vorteile für den Fall des Mißlingens der Ehe zuspricht.
Aus der Berücksichtigung von Ausbildung und Fähigkeiten des geschiedenen Gatten ergibt sich hinsichtlich der Angemessenheit das nötige Korrektiv hinsichtlich des umfassend anknüpfenden Kriteriums der ehelichen Lebensverhältnisse, und eingegrenzt wird eine eventuelle zu hohe Belastung des Verpflichteten ja auch dadurch, daß demjenigen Gatten, der keine angemessene Tätigkeit zu finden vermag, obliegt, sich entsprechend weiterzubilden (§ 1574 III). Es ist hier doch eine ausgewogene Regelung gelungen, da die Belange beider Gatten, des materiell Stärkeren und des materiell Schwächeren in Betracht gezogen werden. Auch die Gleichberechtigung fordert nicht nur mehr Rechte für die Frau, speziell die Nur-Hausfrau, sondern auch sie läßt sich nur verwirklichen durch die Berücksichtigung der Interessen beider Teile.

ce) In diesem Sinne ist auch § 1575 positiv zu bewerten, der eine konsequente Folge aus der Einsicht darstellt, daß die Unterhaltssicherung im Berufsleben mit entsprechender Ausbildung besser möglich ist, und der für denjenigen Gatten, der bisher diese Ausbildung ehebedingt versäumt hat, die Möglichkeit schafft, sie nachzuholen. Ein plötzliches "Luststudium",das der materiell Stärkere nun finanzieren soll, ist schon dadurch verhindert, daß es eine Ausbildung sein soll, die schon vor oder während der Ehe irgendwie angestrebt worden war. Zwar würde es der Gleichberechtigung im Sinne von Selbstverwirklichung eher entsprechen, einen Ausbildungsanspruch grundsätzlich zu gewähren, ohne diese Verbindung zu früheren Plänen zu fordern. Andererseits ist ja der Selbstverwirklichungsanspruch des einen Gatten begrenzt durch

den selben Anspruch des anderen, sodaß als einschränkendes Kriterium gerade die Ehebedingtheit der Bildungspläne geeignet erscheint, wenn man ein System von Eigenverantwortung, Hilfe zur Selbsthilfe und Ausgleichung ehebedingter Nachteile zugrundelegt. So bleibt es bei der positiven Bewertung dieses Anspruchs. Fraglich ist lediglich seine praktische Relevanz, wenn man bedenkt, daß bei den meisten Ausbildungsgängen - also insbesondere solchen, die der fragliche Gatte vor der Ehe angestrebt hatte - Altersgrenzen bestehen, und daß den Anspruch häufig der Gatte geltend machen wird, der die Kinder betreut, der also bei der schlechten Kindergartensituation Organisationsschwierigkeiten haben wird, sodaß praktische Schwierigkeiten den Anspruch leicht zunichte machen können.
So ist hinsichtlich der gesamten Unterhaltsregelung fraglich, ob sie von großer Bedeutung sein wird. Vermutlich werden viele Ansprüche mangels Leistungsfähigkeit des Verpflichteten entfallen.

cf) Jedenfalls ist aber ganz klar zu sagen, daß die einzelnen Ansprüche und ihre Verbindung untereinander schon alle denkbaren Fälle umfassen, sodaß eine positive Billigkeitsklausel im Stil von § 1576 nicht nur unnötig, sondern negativ zu bewerten ist. M.E. muß die Härteklausel unbedingt systemkonform ausgelegt werden, wenn sie nicht alle die Fälle umfassen soll, die durch die Unterhaltsregelungen gerade nicht erfaßt werden sollten. Sonst wird die ganze Systematik überhaupt hinfällig und der Richter kann sich letztlich die Mühe sparen, einzelne Ansprüche zu prüfen; es kann dann praktisch jeder Fall unter § 1576 subsumiert werden. D.h. also, daß diejenige Auslegung gewählt werden muß, die die Anwendung "auf Null reduziert", was auch deshalb logisch erscheint, weil dann besonders deutlich würde, daß in der Tat die Härteklausel nur ein "Bremsklotz" sein sollte, für den Fall, daß trotz so nachhaltiger Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren eines Tages eine nicht bedachte Situation entsteht, in der es unbillig wäre, keinen Unterhalt zu gewähren, also ein Fall, der im Moment gar nicht denkbar erscheint, und für den doch vorgesorgt sein soll. Das ist ja auch der Sinn einer Härteklausel: sie soll Konstellationen auffangen, an die man noch nicht denken konnte, denn für alle die, die man bedacht hat, muß man ja Lösungen geschaffen haben.
In der Literatur findet sich aber keine Äußerung, die ein ähn-

liches Verständnis darstellt wie das hier vertretene, weswegen zu befürchten ist, daß § 1576 nicht als Notnagel, sondern als "Bohrer" in das System angewandt wird, sodaß auf diese Weise Deubners "Weg in die Unterhaltsknechtschaft", zumindest bei großzügigen Richtern, doch denkbar erscheint.
Überdies wurde auch noch ermöglicht, Verschuldensaspekte in die Bewertung einzuschließen, denn auch § 1576 S.2 wird nirgends so ausgelegt, daß ein Einbruch in die Systematik verhindert oder zumindest eingeschränkt werden kann, sondern es setzt sich eine Haltung durch, die dem Verschulden Tür und Tor öffnet.
Da § 1576 in dieser Form einen totalen Einbruch in die Unterhaltssystematik darstellt, stellt er auch einen Verstoß gegen die Gleichberechtigung dar, da ja festgestellt wurde, daß die Unterhaltssystematik auch diesbezüglich ausgewogen und konsequent schien. Wenn im Rahmen des § 1576 Verschuldenselemente berücksichtigt werden und nicht nur objektive, sachliche Kriterien, so läuft es darauf hinaus, daß der Unterhaltsanspruch gewährt wird, weil der materiell Stärkere die Ehe zerrüttet hat und nun dafür finanziell bestraft werden soll.

cg) § 1577 bringt die Eigenverantwortung wieder mehr zum Ausdruck und stellt durch Abwägen der Interessen beider Gatten auch wieder eine Bewertungsform dar, die der Gleichberechtigung entspricht, sodaß hier nur zu kritisieren ist, wie unübersichtlich und schwer verständlich die Regelung ist.
Auch § 1578 stellt eine konsequente Fortführung der Grundsätze in den einzelnen Unterhaltsansprüchen dar, indem er das Maß des Unterhalts nach ähnlichen Kriterien festsetzt, wie sie zuvor für die Angemessenheit der Erwerbstätigkeit maßgebend waren. Lediglich der weite Beurteilungsspielraum des Richters könnte auch hier zu einer der Gleichberechtigung widersprechenden Auslegung führen, denn das Gesetz wird auch von Richtern angewandt werden, die in alten Vorstellungen verhaftet sind.

ch) Daran kann sofort die Kritik an § 1579 angeschlossen werden, denn auch in dieser Härteklausel sind der richterlichen Auslegung kaum Grenzen gesetzt, insbesondere in Ziff. 4, und vorprogrammiert sind die üblichen Mängel einer Billigkeitsklausel: mangelnde Rechtssicherheit, mangelnde Gleichheit und speziell für den vorliegenden Fall, daß Scheidungsverschulden Bedeutung erlangt. Es ist zwar wenigstens konsequent im Systembruch, daß nicht nur eine positive, sondern auch eine negative Billigkeits-

klausel Gesetz wurde, die Berücksichtigung von Verschuldenselementen ist aber dadurch vervollständigt.
Dies müßte gar nicht sein, wenn man auch für die Billigkeitsklausel in § 1579 I Ziff.4 eine so enge Auslegung wählen würde, daß wirklich nur Fälle erfaßt würden, in denen Mängel der Systematik selbst ausgeglichen werden müssen. So ist z.B. daran zu denken, daß ein Aufstockungsanspruch gem. § 1573 II über § 1579 Abs.1 Ziff.4 gekürzt bzw. gestrichen werden könnte, indem man argumentiert, die Berufstätigkeit beider Gatten wiege in dem Fall ebenso schwer wie Ziff.1 - die kurze Ehe-Dauer, weil ähnliche Umstände geschaffen sind, die einen Ausgleich bei Berücksichtigung der gesamten Umstände zu umständlich und aufwendig erscheinen lassen.
Es ist also ein systemimmanentes Anwendungsgebiet durchaus gegeben, man beschränkt sich darauf aber nicht; eine Tendenz, der der Gesetzgeber Vorschub geleistet hat, indem er erneut inkonsequent war und in diese negative Billigkeitsklausel, die zunächst enumerativ die Ausschlußfälle aufgezählt hatte, doch noch systemuntreu in Ziff.4 einen Ausschlußgrund aufnahm, unter den sich schlechterdings alles subsumieren läßt. So wie die ersten drei Ziffern gestaltet sind, wird sich für nahezu jeden Grund argumentieren lassen, daß er ebenso schwer wiege wie diese drei, und es zeigt sich in der Literatur, daß insbesondere Gründe berücksichtigt werden, die zum Scheitern der Ehe geführt haben. So wird hierüber immer der Fall gelöst, daß der arme Mann den Liebhaber der Frau "finanzieren" soll etc., was deutlich macht, daß die geplante Anknüpfung an sachliche Kriterien wie Bedürftigkeit und Ehebedingtheit, überlagert durch Grundsätze wie Eigenverantwortung und Hilfe zur Selbsthilfe, völlig zunichte gemacht wird.

ci) Das Unterhaltsrecht gehorcht somit weitgehend wieder alten Regeln und Beurteilungen, wenn auch § 1581 wieder gut in die ursprüngliche Systematik paßt, die ja aufgrund der Gleichberechtigung ein Abwägen der Belange beider Partner vorsieht, ein Auspendeln der Interessen je nach Überwiegen der Bedürftigkeit oder der Leistungsfähigkeit, der ehebedingten Nachteile oder der Eigenverantwortlichkeit. Hier nun ist eher ein Vorrang des Verpflichteten normiert, der den sonstigen Vorrang des Berechtigten angemessen einschränkt und dem Verpflichteten die Verwertung seines Vermögens auch nur unter ähnlichen Voraussetzungen zumu-

tet wie dem Berechtigten. Da schon oben ausgeführt wurde, daß § 1582 hinsichtlich der Gleichberechtigung letztendlich unproblematisch ist und auch die §§ 1583 - 1586 hier außer Betracht bleiben können, soll noch kurz auf den Versorgungsausgleich eingegangen werden.

cj) Gerade im Hinblick auf die Gleichberechtigung genügt aber die Erörterung des Grundsatzes und erübrigt sich die der unübersichtlichen und überlangen Einzelnormen, die diesbezüglich keine Relevanz haben.
Es steht von vornherein fest, daß es sich bei dieser Neuregelung um ein soziales Experiment handelt, dessen Ausgang ungewiss ist, zumal da schon das Bundesverfassungsgericht eine Änderung bewirken könnte.
Der Grundgedanke der Regelung ist sicher vorerst positiv zu bewerten. Die Übertragung des Zugewinnausgleichsgedankens auf das nacheheliche Versorgungsrecht, die erstmals eine eigenständige soziale Sicherung der Nur-Hausfrau, wenigstens für den Fall des Scheiterns ihrer Ehe,begründet, ist durchaus ein Beitrag zur Gleichberechtigung, indem die Arbeit, die die Hausfrau und Mutter für ihre Familie und damit letztendlich für die Gesellschaft leistet, in der Form honoriert wird, daß sie eine gewisse finanzielle Eigenständigkeit erreicht.
Es wird nur gleich klar, daß eine solche Regelung insofern nicht befriedigen kann, als ja die meisten Ehen bestehenbleiben und damit auch die finanzielle Abhängigkeit der Nur-Hausfrau in ihnen. Dieser Schritt ist also nur zu billigen, wenn er auch wirklich nur als ein e r s t e r Schritt verstanden und nicht dazu mißbraucht wird, bestehende Verhältnisse zu zementieren.
Zwar erwirbt die Nur-Hausfrau in der momentanen Situation in der Tat die Anteile für die Alterssicherung gemeinsam mit dem Mann, weswegen es auch notwendig ist, sie beim Auseinandergehen aufzuteilen, langfristig aber darf mit diesem Trostpflaster für den Fall des Scheiterns der Ehe die innereheliche finanzielle Abhängigkeit nicht verfestigt werden. Es ist in der Tat zu fürchten, daß hier nicht emanzipatorische Interessen im Vordergrund standen, sondern die Frau hierdurch erneut auf die Rolle als Hausfrau und Mutter fixiert werden sollte.
Ein positiver Beitrag zur Gleichberechtigung ist also nur insoweit zu sehen, als diese auch freie Wahlmöglichkeit in der Lebensgestaltung umfassen muß und dann die Hausfrau nicht vom so-

zialen Sicherungssystem ausgeschlossen werden darf. Hier also Gleichstellung der nicht erwerbstätigen mit der erwerbstätigen Frau für die Zeit nach der Ehe.

Überflüssig ist der Versorgungsausgleich deshalb in vielen Doppelverdienerehen. Zwar wird die Ehefrau in vielen Fällen weniger verdienen als der Mann und somit in der Ehezeit trotz voller Erwerbstätigkeit geringere Versorgungsanteile erwerben, und auch hier müssen die Versorgungsanteile als für die gemeinsame Altersicherung gemeinsam erarbeitet angesehen werden, aber die Unterschiede dürften häufig so gering sein, daß sich das umständliche Verfahren kaum lohnt.

Auch hier war aber eine unterschiedliche Regelung nach Ehetypen wegen des möglichen Wechsels zwischen ihnen ausgeschlossen. Um den Versorgungsausgleich nämlich dann überhaupt noch berechnen zu können, hätte man einen solchen Wechsel z.B. irgendwo anmelden müssen. Derartige Regelungen hätten aber in der Tat den Eindruck erweckt, die Ehe sei auf Zerfall programmiert, denn dann hätten ja schon während der ganzen Ehe bestimmte Vorkehrungen für den Fall ihres Scheiterns getroffen werden müssen.

Verblüffenderweise war übrigens niemand durch die Regelung des § 1408 II die Ehe auf Zerfall programmiert, obwohl doch der Ausschluß des Versorgungsausgleichs auch eine Vorkehrung für den Fall des Scheiterns der Ehe darstellt(184).

Diese Möglichkeit ist deshalb so bedenklich, weil die Gefahr besteht, daß sich viele Betroffene hinreißen lassen, im Überschwang der Gefühle den Versorgungsausgleich auszuschließen, was sie dann im Falle des Scheiterns der Ehe bitter büßen müßten. Daß hier die Absicherung der nicht erwerbstätigen Frau wünschenswert ist, rüttelt nicht an der Lebenslänglichkeit der Ehe, aber selbst wenn das Eheband noch so fest gekittet wird, muß man ein unter Umständen mögliches Scheitern einkalkulieren. Trifft man ganz am Anfang für diesen Fall einmal Vorkehrungen, bzw. verzichtet nicht auf die von Gesetzes wegen getroffenen und bedarf ihrer letztlich nicht, so ist es umso besser.

Beim Abschluß einer Feuerversicherung wird ja auch niemand sagen: "Aha, dieses Haus ist auf Abbrennen programmiert", sondern jeder hofft, daß nichts passiert und das Haus in 100 Jahren noch steht, aber für den Fall des Abbrennens hat man sich eben gesichert.

---

(184) Hier war eine andere Interessenlage gegeben, § 1408 II wurde ja erst durch den VA eingeführt.

Zweierlei ist hinsichtlich dieser Ausschlußmöglichkeit jedenfalls zu kritisieren: es ist über die Folgen des Versorgungsausgleichs und insbesondere über die Ausschlußmöglichkeit und deren Folgen nicht genügend informiert worden(185). Zum zweiten hätte sich gerade hier eine Differenzierung nach Ehetypen doch angeboten, also z.B. erleichterte Ausschlußmöglichkeit für Doppelverdiener-, aber nicht für Hausfrauenehen, denn bei letzteren wird durch den Ausschluß - unwissend oder nicht - die eigenständige soziale Sicherung gefährdet, und wenn man hier den Zwang hätte bestehen lassen, wäre dies kein anderer gewesen als der Zwang der Arbeitnehmer in die gesetzliche Rentenversicherung hinein. Schließlich könnte sonst auch die nicht erwerbstätige Hausfrau der Allgemeinheit zur Last fallen, obwohl sie durch ihre Haushaltstätigkeit Versorgungsanteile mit ihrem Mann erworben hatte.

Abschließend ist also zu sagen, daß das 1.EheRG in allen Bereichen ganz erhebliche Mängel aufweist. Bei den allgemeinen Ehewirkungen steht zumindest der Wortlaut - abgesehen von § 1355 - der Gleichberechtigung nicht entgegen, die Voraussetzungen für eine tatsächliche Gleichberechtigung sind aber nicht geschaffen. Im Scheidungs- wie im Scheidungsfolgenrecht war das Grundprinzip gleichberechtigungskonform konzipiert, wurde aber durch Härte- und Billigkeitsklauseln und entsprechende Formulierungen jeweils so verwässert, daß von den positiven Ansätzen kaum etwas übrigblieb.
Bei solchen Mängeln ist entweder dem Gesetzgeber eine diesbezügliche Regelungsfunktion überhaupt abzusprechen, oder aber es muß ihm unterstellt werden, die Reform nicht konsequent im Auge gehabt zu haben.(186)

---

(185) Hier ist die Aufklärungspflicht die einzige Hilfe, und der Spruch "Früher Altar, jetzt Notar" ist gar nicht so negativ zu bewerten, denn in solchen Dingen ist Romantik fehl am Platze.

(186) Übrigens wurde auch in der Bevölkerung die Reform sehr unterschiedlich aufgenommen, z.B. führten zwei Ehegatten eine unzulässige Verfassungsbeschwerde gegen das 1.EheRG allgemein, insbesondere gegen die Unterhaltsregelung und Versorgungsausgleich, vgl. NJW 78, 259 = FamRZ 78, 14, und andererseits wieder versuchten Ehegatten aus Altehen, die Anwendung des 1.EheRG für die Zeit zwischen Verkündung u. Inkrafttreten zu erzwingen, vgl. BVerfG, NJW 78, 629

VI. Weitere Verwirklichung des Gleichberechtigungsgrundsatzes durch das 1.EheRG?

Wenn also schon in den Regelungen selbst allerhöchstens im Wortlaut die Gleichberechtigung verwirklicht wurde, nicht aber in den Implikationen desselben, so wird umso fraglicher die Möglichkeit, durch ein solches Gesetz eine gesellschaftliche Veränderung zu bewirken. Es reicht nämlich nicht aus, den Betroffenen lediglich verbal bestimmte Rechtspositionen einzuräumen, alle 3 Gewalten des Staates sind verpflichtet, die Verfassung tatsächlich in die Realität umzusetzen, zur gelebten Wirklichkeit zu machen.
Selbstverständlich lassen sich hierzu keine endgültigen Aussagen machen, denn daß sich nicht durch den bloßen Erlaß eines Gesetzes eine schlagartige Veränderung sämtlicher gesellschaftlichen Gegebenheiten erzielen läßt, ist offensichtlich. Und die Zeit, die seit dem Erlaß vergangen ist, ist zu kurz, um wirkliche Tendenzen zu beobachten; bis jetzt ist vielmehr überhaupt keine Änderung zu sehen.
Es fragt sich aber grundsätzlich, ob hier noch Hoffnungen angebracht sind, ob also erwartet werden kann, daß durch den Erlaß dieses Gesetzes, das ja doch bei allen Mängeln manchen Schritt in die richtige Richtung tut, langfristig ein Einfluß auf die gesellschaftlichen Verhältnisse denkbar scheint.
Ausgangspunkt für diese Untersuchungen ist die These, daß Rechtswandel und gesellschaftliche Evolution korrelieren, daß also ein komplizierter Wechselwirkungsprozeß zwischen gesellschaftlicher Realität und Rechtsvorschriften angenommen werden muß(1).
So sagt Müller-Freienfels: "Jedes Recht umschließt einen Teil geschichtlich vorliegender, natürlich-sozialer Wirklichkeit"(2).
Und Savigny war vor hundert Jahren der Ansicht, das Recht wandle sich mit den Anschauungen der Zeiten und Völker. Diese eigene Fortentwicklung des Rechts festzustellen, sei Aufgabe der Wissenschaft. Vereinheitlichende Gesetzgebung sei daneben nicht notwendig(3).

---

(1) vgl. Raiser, Sozialer Wandel durch Recht..., in: Jb.f.Rsoz. u.Rth. III, S.410; Müller-Freienfels, Ehe und Recht, 1962, S.48

(2) Müller-Freienfels, (Fn 1), S.43

(3) in der Schrift: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft, 3.Aufl.,1840

Dann aber wird in diesem Zusammenhang gerade wieder betont, das Recht wolle in der Gesellschaft eine bestimmte Entwicklung bewirken(4), wobei Raiser differenziert: "Es ist damit zu rechnen, daß die rechtliche Komponente je nach dem Charakter des zu ordnenden Bereichs einen unterschiedlichen Wirkungsgrad entfaltet. So wird man z.B. vermuten, daß im Strafrecht und im Familienrecht, von denen die ganze Bevölkerung in ihren allgemeinen Lebensformen betroffen wird, Elemente, die in der "Volksstimmung" wurzeln und die daher für Zweckmäßigkeitserwägungen des Gesetzgebers wenig zugänglich sind, einen herrschenden Einfluß gewinnen"(5).

Es ist also sowohl dafür, inwieweit bestimmte Auffassungen vom Recht aufgespürt und aufgenommen werden, also auch dafür, inwieweit sich ein gesetzgeberisches Ziel durchsetzen kann, von Bedeutung, wie die "Volksstimmung" vorgefunden wird. Wie weit die gesellschaftlichen Gegebenheiten eine bestimmte Regelung erzwingen, bzw. ein Nährboden für die Verbreitung und Durchsetzung bestimmter Inhalte sein können, ob die fragliche gesetzliche Regelung quasi schon überfällig war, allenthalben darauf gewartet wurde, oder ob das Gesetz der sog."allgemeinen Meinung" entgegenläuft, wobei von vornherein klar ist, daß eine solche "allgemeine Meinung" in unserer pluralistischen Gesellschaft - falls überhaupt vorhanden - ohnehin schwierig festzustellen ist. Dieser Zusammenhang zwischen Gesellschaft und Recht, die sich auf unterschiedliche Weise gegenseitig bedingen, die aber jedenfalls beide von bestimmten Auffassungen in der Bevölkerung abhängig sind - entweder als ihre Grundlage oder als ihr Zielobjekt -, läßt also für die Verwirklichung der Gleichberechtigung durch das 1.EheRG insbesondere den Zusammenhang zwischen Gesellschaft und Familienrecht sowie Familie bedeutsam werden(6).

---

(4) vgl. bei Ball, Vom neuen Weg der Gesetzgebung, 1921, S.22

(5) Raiser, (Fn 1), S.410

(6) zu diesem Zusammenhang sechs interessante Beiträge in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.64 ff.

1.) Die Gleichberechtigung der Frau als gesellschaftspolitisches Problem und als Problem des Familienrechts

Der genannte Zusammenhang bewirkt, daß auch Gleichberechtigung zwar einerseits rechtliches Problem ist, andererseits gesellschaftliches Problem, daß aber auch hier die gesellschaftlichen Strömungen und die gesetzlichen Bestimmungen sich bedingen und beeinflussen müssen. Allerdings ist hinsichtlich der Gleichberechtigung in diesem Wechselwirkungsprozeß keine Kontinuität zu beobachten.
Um gerade die Einflußmöglichkeiten der rechtlichen Regelung auf die gesellschaftlichen Gegebenheiten zu klären, müssen also alle Seiten des letztlich einheitlichen Problems betrachtet werden.

a) Gleichberechtigung als gesellschaftliches Problem

Auf der gesellschaftspolitischen Seite ist insbesondere zu klären, daß Gleichberechtigung ein gesamtgesellschaftliches Problem ist, und nicht etwa nur ein solches der Frau.
D.h. daß zu ihrer Verwirklichung ein Zusammenwirken aller gesellschaftlichen Kräfte nötig ist, da einerseits die faktischen Möglichkeiten für eine entsprechende Veränderung geschaffen werden müssen, andererseits hierzu Lern- und Umdenkprozeße bei allen Menschen erforderlich sind.
Frauen allein können hier nichts erreichen, nicht einmal,wenn wirklich alle gemeinsam dafür eintreten würden(7), denn die Situation der Frauen bestimmt ja gleichzeitig die der Männer.
Nur insoweit, wie sich die gesamte Gesellschaftsordnung darauf einstellt, Männer und Frauen gleich zu bewerten, nicht nach dem Geschlecht zu differenzieren, sondern in jeder Hinsicht nach sachlichen Kriterien wie Eignung, Leistung, Neigung etc., vollzieht sich ein entsprechender Wandel.
Solange also z.B. wirtschaftliche Interessen darauf gerichtet sind, die Frauen als manipulierbares Arbeitskräftereservoir im Hintergrund zu haben, werden faktische Schwierigkeiten einer

---

(7) Auf diese Weise wird das häufig zu hörende Argument entkräftet: "Die Frauen wollen ja gar nicht; sie hätten ja alle Möglichkeiten, aber sie sind ja gar nicht daran interessiert" Nach den Vorstellungen des DDR-Gesetzgebers kann übrigens "die volle Gleichberechtigung der Geschlechter ... nur durch die Mitarbeit der Frau in Staat, Wirtschaft und auf allen anderen Gebieten des gesellschaftl.Lebens verwirklicht werden", vgl. bei MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr.179

vollen Gleichberechtigung der Geschlechter entgegenstehen.
Eine bewußtseinsmäßige Schwierigkeit besteht darin, daß Gleichberechtigung vielfach nicht mehr als Problem gesehen wird, weil in der Tat jede Frau grundsätzlich die Möglichkeit hätte, Gleiches zu erreichen wie jeder Mann. So finden sich ja auch in jedem Bereich der Gesellschaft Frauen, die sich dort behaupten. Man muß sich aber stets vor Augen halten, daß die Anzahl der Frauen, die "Männerpositionen" erreicht haben, so gering ist, daß man sie guten Gewissens als "Aushängeschilder" bezeichnen darf, während das Gros der Frauen, insbesondere in den auch sonst unterprivilegierten Schichten, immer noch vorwiegend für Mann, Kinder und Schwerstarbeit erzogen, unterdrückt, nicht selten mißhandelt wird. Die Tatsache, daß die Mehrheit der Bevölkerung in sämtlichen Institutionen, die gesellschaftliche Verantwortung tragen, nur in deutlicher Minderheit vertreten ist, macht überdeutlich, daß die ständige Betonung dessen, was schon erreicht wurde, nur ablenken soll von dem , was noch zu tun bleibt.
Für die Gleichberechtigung der Frau und damit für die Gleichberechtigung der Geschlechter sind im Moment in der Gesellschaft allerhöchstens Ansätze gegeben, zumal da eine derartige gesellschaftliche Veränderung immer nur so weit ermöglicht wird, als sie sich gar nicht mehr vermeiden läßt.
Soweit aber die tatsächlichen Möglichkeiten bestünden, so z.B. im Ausbildungsbereich, ist ein entsprechender Lernprozeß auf der Bewußtseinsebene notwendig, der allerdings wiederum staatlich gefördert bzw. gehemmt werden kann.
Solange z.B. eine intellektuelle Frau als"Blaustrumpf" angesehen und ihr auf diese Weise menschliche Zuwendung verweigert wird, werden es immer nur wenige Frauen sein, denen ihre berufliche Neigung dieses Opfer wert ist, das die Männer im umgekehrten Fall nicht bringen müssen.
Und solange eine Frau, die berufliche Interessen vor oder neben die der Familie stellt, als schlechte Mutter, zweitklassige Hausfrau oder Egoistin diskriminiert wird (welcher berufstätige Mann würde je von vornherein als schlechter Vater angesehen?), werden es auch wenige Frauen wagen, diese Mißachtung in Kauf zu nehmen.
In diesem Bereich spielen die Massenmedien eine überragende Rolle, über die bestimmte Auffassungen so unterschwellig vermittelt

werden können, daß diese automatisch umgesetzt und eingeübt werden.
Im Fernsehen, in Filmen und Illustrierten wird aber immer noch das Bild der Hausfrau und Mutter in den leuchtendsten Farben gezeichnet, auf ihre finanzielle Abhängigkeit, ihr Ausgeschlossensein von gesellschaftlichen Prozessen wird kaum hingewiesen, es wird ein Bewußtseinsstand wie im vorigen Jahrhundert vermittelt, sodaß nicht etwa die daneben gezeigte berufstätige Frau, sondern eben die Nur-Hausfrau im schönen Heim die erstrebenswerte Position zu haben scheint, sodaß also auch Männer und Frauen, die begonnen haben, umzudenken, darin nicht bestärkt werden, vielmehr nicht nur gegen eigene Vorverständnisse angehen, sondern allgemein "gegen den Strom schwimmen" müssen.
Nach allem ist also deutlich, daß ein grundsätzliches gesellschaftliches Interesse an effektiver Gleichberechtigung offenbar nicht besteht.

b) Die Gleichberechtigung der Frau als Problem des Familienrechts

Die rechtliche Regelung müßte also umfassende Einflußmöglichkeiten haben, wollte sie hier den gesellschaftlichen Wandel fördern.
Selbst steht sie zunächst unter dem Gebot der Verfassung, also unter dem Zwang, dem Art.3 II zu entsprechen, und zwar bezieht sich dies auf die gesamte Rechtsordnung.
Daß nun zur Verwirklichung der Gleichberechtigung immer wieder auf dem Gebiet des Familienrechts angesetzt wird, ergibt sich einmal aus der Bedeutung der Familie für die Geschlechterfrage grundsätzlich - hier begegnen sich Mann und Frau am direktesten - dann auch daraus, daß die Funktion der Frau immer noch vielfach vorwiegend in der Familie liegend gesehen wird, sowie aus der Tatsache, daß sich mangelnde Gleichberechtigung dort am empfindlichsten und spürbarsten auswirkt[8].

---

(8) Zwar gab sich die Ehe in ihrem alten Gewand gern als frauenfreundlich, nämlich als Versorgungsinstitut. Dieser Schein trügt aber besonders intensiv, denn gerade in dieser Versorgung, also der daraus resultierenden finanziellen Abhängigkeit, liegt das geeignetste Instrument der Unterdrückung; durch nichts kann man Menschen so leicht knechten wie durch finanzielle Abhängigkeit, und wenn man einmal die andere Seite betrachtet, wird man zugeben müssen, daß es menschlich

Auf die grundsätzlichen Schwierigkeiten für die Verwirklichung der Gleichberechtigung gerade in der Familie wurde schon hingewiesen, dennoch stellen ja Ehe und Familie trotz der Diskussion um Alternativformen - einmal wegen der verhältnismäßig geringen Beteiligung hieran, zum anderen wegen der Vermassungs- und Vereinsamungstendenzen, die diese Einrichtungen als einzigen Hort der Geborgenheit erscheinen lassen -, die primäre Lebensform dar. So muß zunächst die Stellung der Frau innerhalb dieser Institutionen verbessert werden(9). Es fragt sich somit, was gerade das Familien r e c h t diesbezüglich leisten kann.

ba) Die Funktion des Familienrechts wird angegeben als der "Inbegriff der Normen, die die personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen der durch Ehe oder Verwandtschaft verbundenen Personen regeln"(10), und zwar rivalisieren in der Kernzone des Familienrechts, nämlich im Eherecht zwei Rechtsprinzipien, die sich auch und insbesondere für die Stellung der Frau auswirken: "... das Vertragsrecht (kontraktliches Denken) und das Institutionenrecht (Statusrecht). Ehe als Vertrag, als konsensuale, persönliche Partnerschaft mit vertragsrechtlichen Freiheiten oder aber Ehe als Institution, als konsensualer überpersönlicher Gemeinschaftsstand ohne vertragsrechtliche Freiheit - das scheidet die Geister. ... Dieser Unterschied eröffnet den Zugang zum Streit über das 'Wesen' der Ehe wie auch zu den praktischen Folgerungen"(11).
Hinsichtlich dieser Folgerungen ist zu sagen: Denkt man institutionell, schreibt also möglichst viele Strukturelemente der Institution vor, gibt das Aussehen einer Ehe möglichst detailliert

---

verständlich ist, wenn sich derjenige, der die Lebenshaltung des anderen finanziert, gewisse Mitspracherechte anmaßt. Außerdem tendiert der Abhängige selbst leicht dazu, seine eigenen Bedürfnisse einzuschränken, weil er ja quasi immer als "Bittsteller" kommt.

(9) Die Verwirklichung der Gleichberechtigung setzt ja eine Veränderung innerhalb der Familie voraus; Horkheimer, Autorität und Familie, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.86 sieht den Zusammenhang als so eng, daß die Familie nicht außerhalb des gesamtgesellschaftlichen Zusammenhangs verändert werden könne. Im übrigen hat nach Simitis, Zum Strukturwandel des Familienrechts, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.135 f. gerade diese Personalisierung der Familie als Gegentendenz zur Vermassung den Gleichberechtigungswunsch erst erweckt.(er sieht das insgesamt zu optimistisch);Maier-Reimer, 48.DJT , S. A 7 sieht die Entwicklung auch schon als fortgeschritten an. Kissel, DRiZ 76, 225 weist darauf hin, daß über Gleichberechtigung Betreffendes kaum informiert wurde u.deshalb nicht Aufgeschlossenheit im allg.Bewußtsein da ist

an und beläßt wenig individuelle Gestaltungsmöglichkeit, weil die bestimmte Institution eben so und so auszusehen habe, würde die Verwirklichung der Gleichberechtigung voraussetzen, daß sämtliche Strukturelemente in ihrem Sinne gestaltet und vorgegeben würden. In Wirklichkeit aber entnimmt das Institutionendenken diese aus der "Wertordnung" in ihrem historischen Zusammenhang, diese traditionell gefärbten Strukturelemente sind also gegen Gleichberechtigung gerichtet. Hier würde sich also die Institution Ehe selbst erst als allerletzter Schritt der gesamtgesellschaftlichen Veränderung wandeln, sich dieser sogar möglichst hemmend und konservierend in den Wegstellen aufgrund der dort erkannten stabilisierenden Funktion der Familie in der Gesellschaft(12).

Im Gegensatz hierzu kann kontraktliches individualistisches Denken der Gleichberechtigung grundsätzlich eher zugutekommen, weil es hier schon möglich ist, die Ehe entsprechend zu gestalten, sobald einzelne Menschen, die Partner dieser Ehe, das dazu nötige Bewußtsein haben. Hier können sich Einsichten einzelner positiv auswirken und so auch mit ganz kleinen Schritten letztlich eine größere Veränderung bewirken.

Da aber individualistisches Ehedenken noch keineswegs durchgängige Tendenz ist, vielmehr in Rechtsprechung und Lehre immer noch der Hand zum Institutionendenken zu beobachten ist(13), liegt

---

(10) MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr.5 ;"die Familie als solche ist aber nicht Gegenstand rechtl.Regelungen, sondern dies sind die einzelnen Mitglieder der Familie, die sich als Privatrechtssubjekte auf rechtl.gleicher Ebene gegenüber stehen", RdNr.4 + 5; Lecheler, FamRZ 79,2 f. betont, daß der Familienbegriff des BVerfG darüber hinausgehe, m.w.N.

(11) Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, S.200 f., wobei er auf S. 202 noch darauf hinweist, daß in BGHZ 48, 82 die Entscheidungsergebnisse zugunsten der Ehe als 'Institution' u. gegen die Ehe als 'Kontrakt' wirken. de Beauvoir, Das andere Geschlecht, 1968, S. 78 weist aber darauf hin, daß die wirkliche Lage der Frau nicht auf eine bestimmte Weise mit diesem oder jenem Rechtstypus verknüpft sei; Wolf, JZ 70, 443 führt für die "institutionellen" Ehelehre gegenüberstehende den Begriff "reale Ehelehre" ein.

(12) "Sich der Gesellschaftlichkeit der Familie bewußt sein, bedeutet insofern, nach den Voraussetzungen zu fragen, unter denen sich die Existenz der einzelnen Familienmitglieder abspielt, u.zwar sowohl in als auch außerhalb der Familie", Simitis , Zur Situation des Familienrechts - Über einige Prämissen, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.25; vgl. auch Wurzbacher, Leitbilder gegenwärtigen deutschen Familienlebens, 4.Aufl.,1969, S.253; auch Müller-Freienfels , Revolutionäre Familiengesetzgebung..., 1969, S.352 et passim, der

bereits hierin ein Anzeichen für die Schwierigkeiten, das Familienrecht wirklich der Gleichberechtigung entsprechend zu gestalten, und zwar nicht nur im Gesetzestext, sondern auch in dessen praktischen Auswirkungen, also der Rechtsanwendung. Auch aus sonstigen verschiedensten Ansätzen der Familienrechtstheorie ergibt sich nichts Gegenteiliges, die überdies noch die Notwendigkeit der Unterdrückung der Frau durch den Mann in der Familie deutlich machen, egal wo sie ansetzen(14).
Dabei betont Ernst Wolf ausdrücklich, ein persönliches subjektives Recht könne kein Herrschaftsrecht sein, subjektive Familienrechte seien somit keine Herrschaftsrechte(15), also dürfte auch die Ehe keine Unterdrückung ergeben. Von der Zielrichtung her ist dies richtig, daß sich dennoch trotzdessen diese Unterdrückung ergibt, hängt wiederum mit Folgenden zusammen "... das abstrakte Recht genügt nicht, um die konkrete Situation der Frau zu definieren; diese hängt vielmehr großenteils von der Rolle ab, die sie für die Volkswirtschaft spielt; oft sogar stehen theoretische Freiheit und praktische Möglichkeiten im umgekehrten Verhältnis"(16), also mit den gesellschaftlichen Bedingungen,

---

plastisch beschreibt, daß jede Revolution schnell bei Ehe u. Familie ansetzt, die ungeheuer bedeutsam für die Gesellschaft u. ihre Veränderungen sind; Wolf, JZ 70, 446 sieht die reale, also nicht institutionalistische Ehelehre als dogmatische Grundlage für die Reform; die gesellschaftlichen Zwecke und Interessen des Staates an der Familie betont auch MünchKomm-Rebmann Einl.RdNr.9, der daraus die strengen Formvorschriften bei Eheschließungen etc.ableitet.

(13) Mikat, FamRZ 70, 335; abgeschwächt. Larenz, JZ 68, 96 f.; Geiger, FamRZ 73, 226; der BR, vgl. bei Bürgle, FamRZ 73, 512; Becker, FamRZ 56, 93; BVerfG in StAZ 74, 90; Bergerfurth, FamRZ 62, 247 ganz extrem; Habscheid, FamRZ 63, 417; noch ganz ausdrücklich Bosch,Familienrechtsreform..., 1952, S.45; eine solche Haltung ergibt sich auch bei den Autoren u.Richtern, die im neuen Recht im Rahmen von § 1565 II für die Aufrechterhaltung des Ehebandes plädieren bzw. deren Unzumutbarkeit fordern; BGHZ 40, 239 (249); 18, 13 (17); Kissel, DRiZ 78, 226 beobachtet auch in der Rspr. zum 1.EheRG eine Tendenz zum Schutz des Rechtsinstituts Ehe.

(14) "Die Ausübung von Herrschaft des Mannes über die Frau ist konstitutiver Bestandteil seiner innerfamilaren psychischen Reproduktion", Beiträge zur Familienrechtstheorie, KJ 75,144 ähnlich Heinsohn/Knieper, Theorie des Familienrechts,1974, S.124; für die Sozialisationsfunktion führt Horkheimer, (Fn 9) die Notwendigkeit der Einübung von Autoritätsstrukturen aus; nach Heinsohn/Knieper, ebenda, S.137 wird im Familienrecht die zwangsgesetzliche Absicherung v.Ehe u.Familie versucht.

(15) Wolf, FamRZ 68, 498, nachdem er den herkömmlichen Familienbegriff ad absurdum geführt hat, vgl. S.494

die hier offenbar stärker sind als das Recht, was einerseits darauf hindeutet, daß es schon kaum möglich scheint, in Familie und Familienrecht überhaupt Gleichberechtigung zu erreichen, andererseits bereits darauf, daß die Familie allein trotz ihrer Bedeutung für die Frau, also deren Bedeutung für die Geschlechterfrage, ein unzulängliches Regelungsgebiet darstellt. Oder muß etwa die Familie selbst zur Verwirklichung der Gleichberechtigung automatisch mitbekämpft werden?

bb) Ist das neue Recht womöglich gar familienfeindlich ?
Es wird ja seit Erlaß des Bonner GG die Familienrechtsordnung kontinuierlich immer mehr an den Gleichberechtigungsgrundsatz anzupassen versucht. Mindestens genauso lange wird immer wieder der Sorge um Ehe und Familie Ausdruck verliehen, die sich angeblich aufzulösen beginnen, deren Bestand gefährdet sei etc.(17)
Dies wird daran festgemacht, daß einmal die Eheschließungen zahlenmäßig kontinuierlich abnehmen, zum anderen die Scheidungszahlen ständig steigen.
Ein Einfluß des Ehe-und Scheidungsrechts wird hier vielfach insofern gesehen, als z.B. durch Scheidungserleichterung die Zahl der Scheidung zunehmen könnte und abnehmen bei Scheidungserschwerung(18), oder aber, daß durch bestimmte Eherechtsregeln von der Eheschließung abgeschreckt werden könnte, sodaß also ein solcher möglicher Einfluß der gesetzlichen Gleichberechtigungsentwicklung erörtert werden muß.
Was nun das 1.EheRG anlangt, so ist zunächst zu sagen, daß sta-

---

(16) de Beauvoir, (Fn 11), S. 96

(17) vgl. allgemein zur Krise von Ehe und Familie Geiger, FamRZ 73, 225; Kommissariat der dt.Bischöfe, FamRZ 77, 700; die Auflösung der Ehe fürchtet auch Schwind, Ehe und Recht, in: FS Bosch, S.924; grds. hierzu auch Heinsohn/Knieper (Fn 14) S.135 mit Scheidungsstatistik; dabei macht Hunn, Der Fall Familie, 1977, S.21 deutlich, daß die Ehe in unserer Gesellschaft letztlich doch ohne Alternative, ihre Zersetzung aber Folge von Wirtschaftsverhältnissen sei (S.162)

(18) Es wird ja allgemein von einem Zusammenhang zwischen Eherecht und Scheidungsrecht ausgegangen, ja sogar von einer Wirkung des Scheidungsrechts auf die "sittliche Gesamthaltung des Volkes", vgl. bei Zitelmann, Die Kunst der Gesetzgebung, 1904, S.11 und Mikat, Möglichkeiten und Grenzen einer Leitbildfunktion des bürgerlichen Ehescheidungsrechts 1969, S.6 geht davon aus, das Scheidungsrecht habe, weil es die grds.Einstellung des Gesetzgebers zu Ehe u.Familie zeige, eine Leitbildfunktion für die soziale Wirklichkeit; ähnlich Döpfner/Dietzfelbinger in:v.Münch,Aktuelle Dokumente, S.159 u.Dt.Akademikerinnenbund,ebenda S.195, aller-

tistisches Zahlenmaterial noch nicht vorliegt - zumindest hinsichtlich der Scheidungszahlen - , hinsichtlich der Anzahl der Eheschließungen jedenfalls meint das Bundesjustizministerium keinen meßbaren Einfluß des neuen Scheidungsrechts auf diese feststellen zu können(19), da sich diese Zahl ohnehin seit 1950 kontinuierlich rückläufig entwickelt(20).

Im übrigen wären solche Zahlen auch kaum verbindlich, weil ja an der Tatsache der Eheschließung bzw. der Scheidung die Motivationen für diese in keiner Weise hervortreten(21). Infolgedessen soll hier nur untersucht werden, ob sich ein grundsätzlicher Zusammenhang herstellen läßt.

Zunächst wird in der Literatur schon ganz unterschiedlich bewertet, ob das neue Recht nun die Scheidung erleichtert oder nicht(22), dann ebenso unterschiedlich, ob sich eine solche Tendenz auch ehefeindlich auswirkt, und zwar ehefeindlich i.S.von scheidungsfreundlich oder aber eheschließungsfeindlich.

---

lerdings ist der Einfluß des Scheidungsrechts auf das Scheitern der Ehen und die Scheidungsziffern fraglich, vgl. die Nachweise bei MünchKomm-Wolf vor § 1564 RdNr.27, Fn62 ff; gute Gedanken hierzu bei Kissel, DRiZ 78, 228

(19) vgl. Justizminister Vogel im Schwäbischen Tagblatt v.27.6. 78; es lagen zwar Scheidungszahlen vor, u.zwar ein Rückgang um 90% (!) im 2.Halbjahr 77 gegenüber dem 2.Halbjahr 76, aber diese Zahl hat kaum Aussagekraft. Hierlagen wohl reine Übergangsschwierigkeiten zugrunde, vgl.DRiZ 78, 59 (Abdruck aus den Badischen Neuesten Nachrichten) u.DRiZ 78,28 (Abdruck aus der Hannoverschen Allgemeinen Zeitung). vgl. Müller-Freienfels, (Fn 1), S.147 zum finnischen Recht, wo sich seit strikter Durchführung des Zerrüttungsprinzips die Anzahl der Scheidungen nicht wesentlich erhöhte; zur zahlenmäßigen Bedeutung der Ehescheidung ausführlich MünchKomm-Wolf vor § 1564 Rd Nr.24 ff.

(20) 1950 kamen auf 1000 Einwohner 10,7 Eheschließungen, 1976 waren es nur noch 5,9; vgl. zu der Entwicklung auch Schwarz, StAZ 76, 244; s. aber bei Kühn, ZRP 75, 168: 96 % der Geborenen erreichen das Heiratsalter, und von ihnen schließen wiederum 96 % die Ehe".

(21) Zu den Schwierigkeiten, selbst in dem Bereich Aussagen zu machen, wo Zahlen vorliegen, vgl. Höhn,StAZ 76, 304 f.;dort Versuch.einer Modellrechnung aufgrund der Scheidungszahlen seit 1950 nach unterschiedlichen Bezugszeiträumen. Im Grunde müßte man für die Untersuchung noch nach Scheidungstypen unterscheiden, vgl. Kühn, ZRP 75, 167, auch zum Einfluß des Familienzyklus auf die Scheidung; auch König, Die Familie der Gegenwart, 1974, S.41 hierzu, der klar macht, daß auch die Soziologie überhaupt noch zu wenig hier weiß.

(22) Wie sehr solch unterschiedl.Bewertungen bei gleichem Faktenmaterial schon durch verschiedene Blickwinkel entstehen kann, macht Goode deutlich, Die Familie als Element der Sozialstruktur, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.68, der erläutert,

Zum Teil hält man die Ehe nun für "disponierbar", für "ein Dauerschuldverhältnis mit Kündigungsfrist"(23). Habscheid z.B. sieht eindeutig eine Scheidungserleichterung, dann durch das Fristenprinzip einen Zwang zur vorsorglichen Heimtrennung in jedem Konfliktfall, und somit Ehefeindlichkeit der Neufassung des BGB. "Sie hätte zumindest darauf hinwirken müssen, daß die Ehegatten 'sich zusammenraufen' oder es wenigstens versuchen"(24). Hinter diesem Konfliktbewältigungsstreben steht der Stabilitätswunsch für die Ehe, d er hier allerdings institutionalistisch gefärbt ist, also ein Aufrechterhalten der Ehe um der Ehe als solcher willen(25).

Die Autoren, die mehr dem Institutionendenken verhaftet sind, sehen ja überhaupt eher einen Zusammenhang dieses Inhalts: um Stabilität der Ehe zu erreichen, muß die Scheidung erschwert werden(26), eine Ansicht, die König überzeugend als Vorurteil

---

daß man nicht sagen kann, Kinder wirken bindend, weil mehr Ehen ohne Kinder geschieden werden, sondern daß vielleicht mehr kinderlose Ehen geschieden werden, weil diese Paare nicht miteinander zurechtkommen und sich deshalb erst gar keine Kinder zulegten.

(23) Habscheid, Vermutungen im neuen Scheidungsrecht, in: FS Bosch, S.378; ähnlich Roth-Stielow, FamRZ 77, 766 und Rat der EKD, FamRZ 77, 700; vgl. auch Adomeit, Die Ehescheidung und ihre Folgen, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.77; Dieckmann, Unterhalts- und versorgungsrechtliche Betrachtungen zur Reform des Scheidungsrechts in: FS Bosch, S.127, der S.125 das Recht der Scheidungsvoraussetzungen auch für erleichtert hält.

(24) Habscheid, (Fn 23), S.378; dies scheint aber genügend gewährleistet nach Giesen/Gick, JR 79, 3, die darauf hinweisen daß Scheidungen nach der neuen Praxis keineswegs zu schnell u. schematisch ablaufen; daß das Scheidungsrecht zur Überwindung der Konflikte beizutragen habe, betont Mikat, (Fn 18), S.31; ähnlich Bosch, FamRZ 77, 580; Geiger, FamRZ 73, 228 erwartet von einem so gestalteten Scheidungsrecht grundsätzlich eine Schwächung des Bewußtseins für den Wert der Familie; vgl. auch bei Lüderitz, 48.DJT , S. B 62

(25) Diese Stabilität ist m.E. nicht erstrebenswert, diejenige um der Menschen willen aber umso mehr, denn für alle Teil ist Scheidung ein Unglück, selbst der Scheidungswillige wird darunter leiden.

(26) z.B. Bergerfurth, FamRZ 62, 246 ff.; vorsichtiger Mikat, FamRZ 63, 71; aber wieder Becker, der eindeutig scheidungsfeindlich eingestellt ist, macht zum Schutz der Institution schon FamRZ 56, 93 ff. mannigfache Vorschläge zur Aufrechterhaltung und Rettung zerrütteter Ehen, z.B. schlägt er Familiengerichte vor, da solche weniger leichtfertig mit der Scheidung umgehen würden, wenn sie gleichzeitig über die Folgen zu entscheiden hätten; "ehetherapeutische" Vorschläge bei Müller-Freienfels, (Fn 1), S.29 ff., 264 ff. u.293 ff.

entlarvt[27]. Auch nach den Scheidungserschwerungen des BGB v. 1900 war ja kein Rückgang der Scheidungszahlen zu beobachten[28]. Vor allem wird immer wieder ausgeführt, daß - sobald es eine Scheidung überhaupt gibt - diese vielfach von den unterschiedlichsten gesellschaftlichen Faktoren, Motiven und Bedingungen sowie Vorstellungen abhängig ist, schließlich auch ganz und gar subjektiven Problemen, sodaß das Scheidungsrecht allenfalls ein Aspekt unter vielen ist[29].

Max Weber sah noch einen grundsätzlichen Zusammenhang zwischen Scheidungserleichterung bzw.-erschwerung und ökonomischen Bedingungen, Abhängigkeiten z.B. bei Betrachtung der Ehe mehr als Versorgungsinstitut oder mehr als Sexualgemeinschaft. Bei stark traditionsgebundenen Menschen beobachtet er eine Angst vor zu großer Scheidungsfreiheit aus Angst vor verlorengehender Versorgung und Angst vor der Verschärfung des erotischen Konkurrenzkampfes um den Mann, sowie autoritäre Instinkte und Geschlechtseitelkeiten des Mannes, die hier der Befreiung der Frau im Wege steht[30].

Daß solch subjektive Interessen im Spiel sind, zeigt sich ja schon an der unterschiedlichen Einschätzung des 1.EheRG. Denn im Gegensatz zu dem oben zitierten Habscheid sieht z.B. Deubner

---

(27) vgl. König, (Fn 21), S.105 ff.

(28) Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, Grundfragen der Ehescheidung in Deutschland, 1959, S.118 - 132, 153-173, 174 haben dargelegt, daß beim Übergang von den zum Teil recht liberalen Scheidungsrechten der deutschen Einzelstaaten zum Scheidungsrecht des BGB mit seiner Tendenz, auch die Scheidung zerstörter Ehen nicht immer zuzulassen, der durch die Veränderung der sozialen Verhältnisse bedingte Anstieg der Scheidungszahlen nicht gebremst wurde.

(29) auch Gernhuber, Familienrecht, S.221 macht deutlich, daß Scheidungserschwerung oder -erleichterung keinen meßbaren Einfluß auf Scheidungshäufigkeit haben; vgl. auch Odin,FamRZ 78,1, der die Gefahr eher auf der Bewußtseinsebene sieht als im rechtlichen Bereich: Scheidung werde - obwohl noch als Unglück angesehen - immer mehr zur Selbstverständlichkeit. Jede einzelne Scheidung sei Verführung für andere Paare, ans Auseinandergehen zu denken; ähnlich Mead, Mann und Weib, gek.Ausgabe 1977, S.230; zu den außerrechtlichen Faktoren, von denen Scheidung abhängt auch Huhn, (Fn 17), S.119 ff. u. MünchKomm-Wolf vor § 1564 RdNr.24; vgl. im übrigen Wurzbacher/Cyprian , Ehe und Ehescheidung in soziologischer Sicht, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971,S. 21 ff., die statistische Angaben machen über den Einfluß auf die Ehestabilität von materiellen, religiösen Gesichtspunkten, dem Alter der Gatten, der Ehedauer, Kinderzahl etc.; vgl. auch Pfeil, Die Großstadtfamilie, in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.144 ff., insbes. S.148

keine Scheidungserleichterung gegeben[31], was bei ihm allerdings durch das Bestreben erklärbar ist, keine verstärkten Unterhaltszahlungen als Ausgleich gewähren zu müssen. Bogs hält einen Einfluß des Versorgungsausgleichs auf Scheidungswillige sowohl positiv als auch negativ für möglich. Es könnte nämlich der Zwang, den Versorgungsausgleich durchzuführen, den Scheidungswilligen von der Scheidung sogar abhalten, was er für günstig hält, da auch nach seiner Auffassung die Scheidung im Recht der Scheidungsvoraussetzungen sehr erleichtert ist. Andererseits aber könnte auch ein scheidungsverstärkender Einfluß zu beobachten sein, weil bisher um ihre Versorgung bangende Frauen sich eher zu einer Scheidung entschließen könnten, wenn sie den Versorgungsausgleich erhielten[32].

Und Bosch schließt aus einem so gearteten Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht auf eine Ehefeindlichkeit in dem Sinne, daß immer weniger Leute ein solches Risiko auf sich nehmen wollten[33]. Es ist aber grundsätzlich, wie gesagt, schon unwahrscheinlich, daß überhaupt ein Zusammenhang zwischen Scheidungsrecht und Ehescheidung besteht, erst recht aber zwischen Scheidungsrecht und Eheschließung, bei der wohl die meisten Eheschließenden besten Willens sind[34].

Will man aber unbedingt einen solchen konstruieren, so könnte es ebensogut für das neue Scheidungsrecht ein förderlicher sein,

---

(30) Max Weber, Rechtssoziologie, S.158

(31) Deubner, ZRP 72, 155, Fn8; vgl. auch schon BT-Drucks.7/4361, S.8; Durch die Erhöhung der Kosten sieht Adomeit, (Fn 23), S.77 eine Erschwerung gegeben. Er schreibt: "Wenn konservativ gleich eheerhaltend ist, hat die Reform hierin ein stark konservatives Moment".

(32) Bogs, Neues Eherecht und Sozialversicherung, in: Ders.(Hrsg.) Enerechtsreform, 1971, S.118, wo er diese Vermutungen für das Rentensplitting aufstellt. Er schätzt die Einflußnahme aber zumindest insoweit realistisch ein, als er nicht davon ausgeht, daß solche Aspekte ausschlaggebend seien, sondern nur mit eine Rolle spielen können; auch, daß der Einfluß erst auf die Scheidung gesehen wird, nicht auf die Eheschließung, ist realistischer, während Hillermeier, FamRZ 76, 580 letzteres annimmt, allerdings diese Gefahr durch die Möglichkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs gebannt sieht.

(33) Bosch, FamRZ 77, 580, dabei hatte er selbst, FamRZ 66,64 solche Regelungen angeregt.

(34) so auch Kissel,DRiZ 78, 228

denn es ist doch eine schwierige Sache, sich auf Lebenszeit gefühlsmäßig festlegen zu müssen, zumal da doch auch durch die totale Eheschließungsfreiheit das Risiko der falschen Partnerwahl relativ groß ist. Die Tatsache, daß das neue Scheidungsrecht in der Form gestaltet ist, daß es zwar nach wie vor schwer ist, sich scheiden zu lassen, daß aber immerhin die Gewißheit besteht, daß wenigstens nach einer 5jährigen Heimtrennung die Ehe jedenfalls aufgelöst werden kann, könnte überlegtere Geister eher dazu bringen, sich auf das Wagnis der lebenslänglichen Beziehung einzulassen(35).

Aber, um es nochmals zu sagen - hier gelangt man über Hypothesen und Vermutungen nicht hinaus.

Nach solch unterschiedlichen Einschätzungen, die zudem stark subjektiv interessengemäß geprägt sind, fragt sich dennoch grundsätzlich, ob Scheidung nun erschwert ist oder erleichtert.

Der Grundsatz 'Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist' hört sich ja in der Tat so an, als sei eine Scheidung sehr einfach, praktisch eine reine Formsache.

Nachdem wir uns aber das Scheidungs- und insbesondere das Unterhaltsrecht angesehen haben, muß die Beurteilung doch anders aussehen: sollte ein scheidungswilliger Gatte nicht imstande sein, Gründe in der Person seines Partners zu finden, die ihm das Festhalten an der Ehe unzumutbar machen, so ist er gezwungen, bei entgegenstehendem Willen des anderen Gatten volle drei Jahre auf die Scheidung zu warten, sodaß von einer Scheidungserleichterung in kein e r Weise die Rede sein kann, während die einverständlichen Scheidungen, die ja den Löwenanteil der Scheidungen ausmachen, schon eh und je leicht erreichbar waren. Heute wie früher

---

(35) ähnlich hat schon Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907, den Zusammenhang zwischen Scheidungsrecht und Eheschließungen eingeschätzt, vgl. S.552; vgl. auch König, (Fn 21), S.112, der diesen Zusammenhang nachweist. Auch Roether, Ehe- und Scheidungskonflikte, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.122 weist darauf hin, daß man zur Stabilisierung der Ehen nicht so sehr an Scheidungserleichterung oder -erschwerung zu denken habe als an eine Erschwerung der Eheschließung. Eine Berechtigung des Staates hierzu wird aber entschieden abgelehnt, vgl. Münch-Komm-Rebmann Einl.RdNr.28; auch bei der geplanten Reform des Eheschließungsrechts geht die Tendenz eher in Richtung weiterer Erleichterung derselben, vgl.ebenda RdNr.171; ausführlich dazu, wie sich die große Eheschließungsfreiheit auf den Ehebestand auswirkt, Mead, (Fn 29), S.226, 234

artet die ganze Scheidungsproblematik, und damit auch die Frage, ob Scheidung schwer oder leicht erreichbar ist, in eine Geldfrage aus, denn die Zustimmung des anderen Gatten wird "erkauft", und für die vermögenden Leute hat sich im Grunde materiell nichts geändert (lediglich einige Formalien), sie haben höchstens dadurch eine Erschwerung in ihrem Scheidungsverfahren zu ertragen, daß bei der einverständlichen Scheidung gem. § 1566 I im Antrag schon die wesentlichen Scheidungsfolgen geregelt sein müssen, was aber gerade in diesen Fällen ohnehin häufig gemacht wird. Für die nicht so wohlhabenden Partner einer gescheiterten Ehe, die sich scheiden lassen wollen, sind aber eher Erschwerungen erfolgt: die Belastungen des Unterhaltsrechts sind für viele kaum zu ertragen und davor sind die Trennungsfristen kaum durchzuhalten, denn doppelte Haushaltsführung ist teuer, und das Getrenntleben innerhalb der ehelichen Wohnung ist schwer zu bewerkstelligen und noch schwerer zu beweisen. Die einzige tatsächliche Scheidungserleichterung ist letztendlich lediglich darin zu sehen, daß es heute unmöglich ist, einen scheidungswilligen Partner auf Lebenszeit an die Ehe zu ketten, weil nach 3- und spätestens nach 5jähriger Heimtrennung eben auch gegen den Willen des anderen geschieden werden muß.

Was nun den Einfluß dieser Dinge auf die Ehe und Familie anlangt, so scheint mir ein Aspekt, der in der Literatur nicht angesprochen wird, wesentlich zu sein: dadurch, daß das Unterhaltsrecht so intensiv ausgestaltet ist und vorwiegend auf dem Prinzip ehebedingter Noch-Verantwortung beruht, ist es ja einerseits eher ehestärkend, indem es die Bedeutung der Ehe und ihrer Verpflichtung auf Lebenszeit viel stärker hervorhebt als ein Unterhaltsrecht, das auf Verschuldenselementen aufgebaut war, wo also die Unterhaltspflichten gar nicht aus der Ehe selbst und den in ihr geschaffenen Verhältnissen resultierten, sondern praktisch aus Belohnungs- und Bestrafungsgründen.

Es ist also wegen der verstärkten Verantwortung füreinander nicht etwa ein Substanzverlust im neuen Recht zu beobachten, sondern eher ein Substanzgewinn der Ehe.

Andererseits mag natürlich gerade so viel Verantwortung die Betroffenen schrecken, wobei gleichzeitig eine kontinuierliche Entwicklung in Richtung Eigenständigkeit und Gleichberechtigung die Übernahme solcher Verantwortung, also die Ehe, überflüssig erscheinen lassen könnte. Dennoch ist es wohl eine allzuweit

hergeholte Unterstellung, es würden aus solchen Gründen ehewillige Männer nur noch Partnerinnen aussuchen, die einen Beruf erlernt haben, und die sich dann nach dem Scheitern der Ehe selbst unterhaltsn können(36), und erst recht, es würde deshalb gar nicht mehr geheiratet.
Hier zeigt sich erneut: wer das neue Recht ablehnt und gleichzeitig Ehe und Familie begrüßt, hält es für ehefeindlich; wer es begrüßt und Ehe und Familie hochhält, hält es für ehefreundlich, und wer es begrüßen und gleichzeitig Ehe und Familie ablehnen würde (was sich kaum finden wird), würde die nötigen Argumente zweifellos auch finden, um aus dem neuen Recht ein unter diesem Aspekt ehefeindliches zu machen.
Eine direkte Ehefeindlichkeit des neuen Rechts ist jedenfalls nicht ersichtlich.

bc) Besteht aber vielleicht ein fördernder Zusammenhang zwischen dem neuen Recht und Ehe und Familie?

Da ja dem Staat aufgrund des Art.6 GG die Familienförderung obliegt, was - wie ausgeführt - auch soviel heißt, daß er in den gesetzlichen Regelungen, die er erläßt, die Familie schützende und fördernde Wertungen treffen muß, wäre es sehr positiv zu beurteilen, wenn die Regelungen sich nicht nur nicht als schädlich, sondern sogar als nützlich für Ehe und Familie erweisen würden.

α) Ein solcher Aspekt wird in der Literatur erwähnt: So sieht nämlich Schwind wohl durch das neue Recht eine gewisse Scheidungserleichterung bewirkt, begrüßt dies aber, "um das Institut der Ehe zu stärken", nämlich um dann eine zweite Eheschließung zu ermöglichen(37).
Ihm geht es also weniger um das Prinzip der Lebenslänglichkeit der Ehe, sondern darum, daß überhaupt alle Liebesbeziehungen legalisiert werden können, die man ja durch Scheidungsverhinderung

---

(36) so z.B. Schwab, Probleme des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.69, wo er aber selbst sagt: "Wenn der Mann es bedächte"; vgl. aber auch Heinsohn/Knieper, (Fn 14), S.145; Schumacher, MDR 76, 885; Dieckmann, FamRZ 77, 86

(37) Schwind, (Fn 17), S.924; ähnlich Simitis, ZRP 71, 43; auch Bosch, FamRZ 77, 575 nennt Ehescheidung "staatliche Gestattung der Wiederheirat"; ähnliche Gedankenführung bei Dölle, Familienrecht, S.54; so warnt schon Mayer-Maly, Rechtswissenschaft, 1973, S.218 f. vor zu hohen Unterhaltspflichten; auch in den hohen Scheidungskosten wird Ehefeindlichkeit gegenüber der zweiten Ehe gesehen, vgl. DRiZ 78, 59

ohnehin nicht verhindern könne. Hinsichtlich dieser Art Ehefreundlichkeit geben ihm die hohen Wiederverheiratungsquoten recht(38).

Dieser Aspekt ist sicher in der Tat ehefreundlich, weil so klar werden kann, daß es kein Zwang sein muß, in einer Ehe zu leben - so wenn diese "zur Strafe" aufrechterhalten wird - , sondern daß die Ehe eine Lebensform darstellt, in der man sich zwar grundsätzlich auf Lebenszeit für einen Partner entscheidet und mit diesem in Vertrauen und gegenseitiger Verantwortung zusammenlebt, die aber nicht zwanghaft erhalten werden muß, falls sie wider Erwarten scheitert, sondern die dann nach Klärung der Folgen der Verbindung durchaus den Versuch eines neuen Glücks ermöglicht.

β) Des weiteren ist zu sagen; daß in der Ehe gleichberechtigter Partner, von der der Gesetzgeber ja ausging, gegenüber früher eine erhöhte Möglichkeit der Selbstverwirklichung beider Partner gegeben ist(39), woraus unter Umständen ein Gefühl der Freiheit und letztendlichen Unabhängigkeit trotz Eheschließung entstehen könnte, das in einer Zeit, wo hinsichtlich der persönlichen Freiheit jedes einzelnen die Wünsche ständig steigen, für unabhängige Menschen die Ehe überhaupt erst wieder diskutabel machen könnte, zumal da im Notfall die Möglichkeit der Auflösung - wenn auch unter Schwierigkeiten - gesichert ist.

Hierfür spielt nicht nur das Scheidungsrecht, sondern insbesondere das Recht der allgemeinen Ehewirkungen eine Rolle. Von Men-

---

(38) vgl. z.B. bei Wurzbacher/Cyprian, (Fn 29), S.16: 1963 heirateten v. 100 geschiedenen Männern 82 wieder, von 100 geschiedenen Frauen 70. Durch die Zerrüttung der bisherigen Ehe wird für viele Geschiedene also nicht die Ehe als Institution in Frage gestellt, sondern nur die eigene Ehe; vgl. auch Statistisches Bundesamt, Heiratstafeln für Ledige, Verwitwete und Geschiedene 1960/62, S.712; auch BT-Drucks.7/650, S.142; Wiederverheiratungsquoten auch bei Maier-Reimer, 48.DJT , S. A 8; übrigens könnte auch der Verlust des Unterhaltsanspruchs bei Wiederheirat (§ 1586) ein Anhaltspunkt für Ehefeindlichkeit des neuen Rechts sein. zu den Wiederverheiratungen und -quoten vgl. weiterhin Schwarz, StAZ 76, 244; MünchKomm-Wolf vor § 1564 RdNr.5 Waller-Döhner/Kulms/Höh, Soziologie der Scheidung, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.83 f., S.84: Die Scheidung stellt häufig eine Möglichkeit dar, Fehler bei der Partnerwahl durch eine eventuelle Wiederheirat zu korrigieren; Müller-Freienfels, (Fn 1), S.49 f.: "Auch das vollständigste Scheidungsverbot kann unmittelbar nicht mehr erreichen als die Begründung neuer legalisierter Geschlechtsgemeinschaften zu verhindern."

(39) vgl. dazu, wie wichtig die gegenseitige Bedürfnisbefriedi-

schen, die ihre Auffassungen schon verändert haben, wird die Vorstellung, mit der Eheschließung nicht mehr eine bestimmte Aufgabenteilung vorzuprogrammieren, sicher positiv bewertet. Wenn die Frau nicht mehr sicher sein muß, mit dem Tag der Eheschliessung Hausfrau zu werden, oder der Mann nicht mehr zwingend Frau und Kinder ernähren muß, könnte die Ehe auch für sonstige Ehegegner wieder attraktiver werden.
Wer aber eine Verbindung der alten Struktur anstrebt, die auf Abhängigkeitsverhältnissen beruht, wird auch unter der Geltung des neuen Rechts heiraten wie eh und je, denn dies ist genauso möglich wie immer, und es ergibt sich insoweit keinerlei Veränderung.

γ) Aber selbst, wenn man nicht die Interessen der einzelnen betroffenen Menschen in den Vordergrund stellt, sondern die Interessen der staatlichen Gemeinschaft, also der Gesellschaft, so müßte eigentlich ein individualistisches, also ein Ehebild der gleichberechtigten Partner für die Zukunft den staatlichen Interessen mehr entgegenkommen, als eines, das auf Unterdrückung und Abhängigkeit beruht. Und zwar insbesondere, wenn man die Funktionen der Kindersozialisation und -aufzucht, sowie der Reproduktion der Arbeitskraft richtig versteht. Gefährlich für den Staat könnte bei dieser Eheform lediglich die mangelnde Vermittlung von Autoritätsstrukturen sein, aber will man den politischen Kräften im Staate Glauben schenken, ist ihnen ja an der Vervollkommnung unserer Demokratie gelegen, und ein demokratisches Verständnis wiederum kann m.E. nur in einer partnerschaftlich ausgerichteten Ehe- und Familienform vermittelt und eingeübt werden, sodaß also diese Eheform in besonderem Maße staatskonform und -fördernd ist(40).

---

gung in der Ehe ist, Wurzbacher/Cyprian, (Fn 29), S.19, auch S.33

(40) vgl. z.B. die Ausführungen von Lidz, Familienorganisation und Persönlichkeitsstruktur, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.80, die zeigen, wie sehr sich das Verhältnis der Eltern untereinander auf die Kinder auswirkt; hierzu auch Wenzel, Staat und Recht 75, 953 ff., sie beschreibt eine Untersuchung in der DDR, die ja auch im Familienrecht staatliche Interessen ganz bewußt in den Vordergrund stellt, die in der Tat einen positiven Zusammenhang zwischen Gleichberechtigung u. Stabilität der Ehen ergab, so insbes. S.954; vgl. auch Simitis, Familienstruktur und Familienverfassung, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.122, der den Zusammenhang zwischen politischer Demokratie und Demokratie in der Familie ebenfalls erläutert:"Die Abhängigkeit von Frau und Kindern und nicht die Selbständigkeit der einzelnen Familienmitglie-

S) Ein positiver Einfluß könnte sich sogar hinsichtlich der Stabilität der Ehen ergeben.
Die patriarchalische Eheform hat ja über Jahrzehnte hinweg im gesellschaftlich erwünschten Sinne "funktioniert", Kinder hervorgebracht und geprägt, einen familiären Freiraum geschaffen, in dem die Reproduktion der männlichen Arbeitskraft geleistet werden konnte und hat konsumiert und dadurch die Wirtschaft angekurbelt. Sie hat sich auch als überaus stabil erwiesen(41); inzwischen ist aber doch eine Entwicklung im Gange, die das Gelingen einer nach patriarchalischen Grundsätzen gestalteten Ehe aussichtsloser und unwahrscheinlicher erscheinen läßt(42).
Mit diesem Gelingen kann im Sinne der individualistischen, auf Menschenwürde und Entfaltungsfreiheit beruhenden Eheauffassung nur gemeint sein, daß eine Verbindung aufrechterhalten wird, die auf gegenseitigem Verständnis, gegenseitiger Rücksichtnahme, Interesse füreinander, Unterstützung und Entfaltung des jeweils anderen Gatten und Einigkeit über die Art der Lebensgestaltung beruht und aufbaut(43).

---

der erweist sich daher als Angelpunkt des Familienrechts"(!) oder S.125: "Das Familienrecht regelte Formen der Abhängigkeit und nicht Voraussetzungen der Selbstbestimmung"; zu den positiven Aspekten einer Gleichheitsbeziehung in diesem Sinne auch Huhn, (Fn 17), S.67

(41) vgl. Dölle, Familienrecht, S.19; auch in den Vorschlägen der ERK , S.26 wird erwähnt, daß die Scheidungszunahme in der Bundesrepublik nach dem 2.Weltkrieg von Westeuropa mit am geringsten war; zu dieser Stabilität auch Dahlström, Familie und Arbeit der Ehefrau, in: Simitis/Zenz, Seminar..., S.219; Mikat, FamRZ 62, 82 sah übrigens vor dem 1.EheRG einen Trend des Gesetzgebers, die Scheidung zu erschweren. Die individualistische Eheauffassung ist im übrigen nicht zwingend verknüpft mit Eheablehnung.

(42) Das Institut für Sozialforschung führt aus: "In der Krisis der Familie wird dieser die Rechnung präsentiert nicht bloß für die rohe Unterdrückung, die der schwächeren Frau und vollends den Kindern bis an die Schwelle des neuen Zeitalters vom Familienoberhaupt vielfach widerfuhr, sondern auch für ökonomisches Unrecht, die Ausbeutung hauswirtschaftlicher Arbeit in einer sonst den Marktgesetzen gehorchenden Gesellschaft", vgl. Familie in:Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.71; wie erwähnt,wird das neue Scheidungsrecht vielfach als Mittel des Frauenschutzes angesehen, vgl. Wurzbacher/Cyprian, (Fn 29), S.31; Ramm, FamRZ 62, 282 spricht von der eheauflösenden Folgeerscheinung der Realisierung der Gleichberechtigungsidee; ähnlich Giesen, Ehe, Familie und Erwerbsleben, 1977, S.44 u. dort Fn 123 .

(43) Unter diesem Aspekt 'mißlungen' sind nicht etwa nur geschiedene Ehen. Die Scheidungszahlen sind nicht geeignet, etwas über die Stabilität von Ehen auszusagen, vgl. Kühn, ZRP 75,

Ein so verstandenes Gelingen der Ehe heißt auch Stabilität der Ehe, da sich Eheleute als gleichberechtigte eigenständige Persönlichkeiten begegnen, was konsequenterweise mit sich bringt, daß sie sich genügend Freiräume für die Verwirklichung ihrer Interessen lassen, daß sie sich gegenseitig inihrer Entfaltung fördern und psychisch nicht völlig aufeinander angewieseh sind(44). Eine solche Verbindung könnte weniger beengend, der Ausbruch nicht so verlockend sein. Es könnten so langfristig Gefühle von gegenseitiger Ergänzung und Unterstützung gewonnen werden, die eine höhere Ehestabilität mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten ließen(45).

Allerdings ist klar, daß hier etwas idealistisch argumentiert werden muß, da ein derartiger Entwicklungsstand noch weit entfernt ist(46).

Jedenfalls wären ein solches Gelingen und eine solche Stabilität in der Ehe selbst begründet und somit gesicherter als die hohe Stabilität der patriarchalischen Eheform, die nur durch starke Ideologisierung der Ehe und aufgrund von Abhängigkeiten erreicht werden konnte(47).

---

168 ausführlich hierzu; vgl.auch Wurzbacher/Cyprian, (Fn29), S.33, die ausführen, daß unsere Gesellschaft heute durch den Hang zur Personalisierung von Ehegestaltung, Partnerwahl etc. "die Stabilität der Ehe und Familie ganz überwiegend von der gegenseitigen Anpassungs- und Bindefähigkeit abhängig"mache.

(44) Es ist ja eine interessante Erfahrung, daß gerade die patriarchalischen Männer nach Jahren aus ihrer Ehe drängen, weil ihnen die Frau, die sie jahrzehntelang unterdrückt haben, plötzlich zu langweilig ist; d.h. also, daß zwar innerhalb einer gleichberechtigten Partnerschaft das Lustgefühl der Macht über einen anderen und der Unterdrückung verlorengeht, dies aber langfristig ohnehin nicht so ausfüllend ist. De Beauvoir, (Fn 11), S.454: "Die Bedingung sine qua non für eine Loyalität und Freundschaft zwischen den Ehegatten besteht darin, daß sie beide einander gegenüber frei und tatsächlich gleich sind". Wurzbacher, (Fn 12), S.123 spricht von stärkerer Bewußtwerdung der Bedeutung der Gattenbeziehung, vgl. auch S.146 f.

(45) "Eine wachsende Gleichberechtigung der Geschlechter kann ein Element der Emanzipation für die Familie im ganzen darstellen, Pieper/Pieper, Familie: Stabilität und Veränderung, 1975, S.10; übrigens macht Ramm, FamRZ 62, 285, Fn52 klar, daß sich die Position der Partner in der Ehe auch je nach ihrer Angewiesenheit auf diese verändert; vgl. auch Meinhof, Falsches Bewußtsein, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969,S.44: "Daß Ehen, in denen die Frau erwerbstätig ist, seltener geschieden werden, kann als erwiesen gelten; vgl. auch König, (Fn 21), S.119 u. de Beauvoir, (Fn 11), S.399, sowie Dahlström, (Fn 41), S.216. Die Fami-

Die Form der gleichberechtigten partnerschaftlichen Ehe würde also Stabilität nicht hindern, sondern praktisch zwangsläufig fördern. Allerdings besteht in der Phase, wo alle Auffassungen und Formen existieren, eine erhöhte Mißlingensgefahr wegen des Aufeinanderprallens der so gegensätzlichen patriarchalischen und partnerschaftlichen Form(48).

Eine positive Auswirkung auf Ehestabilität wegen des partnerschaftlichen Eheverständnisses ist also von dem neuen Gesetz langfristig zu erwarten, sofern es sich überhaupt in irgendeiner Form durchsetzen kann, und zwar vor allem bewußtseinsmäßig(49).

---

lie stark zu machen, insbesondere Schutz vor Angriffen Dritter, fordert auch Dölle, Familienrecht, S.10. Letztlich finden sich gerade bei den entschiedensten Eheverfechtern ehefeindliche Tendenzen: wenn man wie Habscheid,(Fn 23),, S. 367, 368, den Ehegatten die Verfügungsbefugnis über ihre Ehe entzieht, braucht man sich nicht zu wundern, wenn sie erst gar nicht heiraten.

(46) Solche Annahmen sind aber längst nicht mehr so hypothetisch wie z.B. noch zu Marianne Webers Zeiten, die ähnliche Ausführungen schon 1907 machte, und insoweit schon recht behielt, als heute schon eine Minderheit in so geführten Ehen lebt. Und diesen"Musterehen" ist ihr Versuch gelungen, obwohl beide Gatten noch im patriarchalischen Stil erzogen waren und es schwer haben, Derartiges abzulegen.

(47) Zudem ergab sie sich aus der allgemeinen Vereinsamung der Menschen, die dazu führt, sich auch an eine schlechte Ehe zu klammern, um eben nicht ganz allein zu sein. Bedürfnisse und Glücksforderungen werden ja kaum entwickelt, weil kaum ein Bewußtsein dafür entsteht, wo und wie es einem besser gehen könnte.

(48) Es könnten auch zunächst verstärkt Familien mit nur einem Elternteil auftreten, vgl. Pizzey, Schrei leise,1978, S.160; im übrigen ist ein Einfluß auf bevölkerungspolitische Aspekte weder bei Ehefreundlichkeit noch -feindlichkeit zwingend, vgl. Schwarz,StAZ 76, 244, der Geburtenrückgang war auch ohne das 1.EheRG da; wie hier: Waller-Döhner/Kulms/Hön , (Fn 38), S.99; Wurzbacher,(Fn 12), hat ausführliche Untersuchungen hinsichtlich der Stabilität der verschiedenen Familienleitbilder angestellt und kommt zu folgenden Ergebnissen: die Ehen, in denen beide Ehepartner das patriarchalische Leitbild anerkennen, sind stabil, S.91, 114; Ehen, die zwischen patriarchalischem und partnerschaftlichem Leitbild schwanken, sind in hohem Maße instabil, S.113, und alle Ehen, die das Leitbild der gleichrangigen Gefährtenschaft verwirklichen, sind stabil, S.137 + 154; Nach empirischen Untersuchungen von Wurzbacher gelten übrigens 15 % der bestehenden Ehen als zerrüttet, 30 % als spannungsgeladen u. 55 % als stabil, vgl. Vorwort zur 4.Aufl., wobei er seine Ergebnisse S.159 für repräsentativ hält.

(49) Lüderitz, 48.DJT, S. B 65 sieht die einzige Chance für das Scheidungsrecht,zur Stabilisierung der Ehen beizutragen,

bd) Anwendung des Familienrechts aufgrund gesellschaftlicher Zusammenhänge

Es darf ja hier nicht vergessen werden, daß zwar das neue Recht der eben geschilderten Art der Auslegung Raum bildet, m.E. überhaupt nur so zu verstehen ist, daß aber ebensogut Platz ist für ganz andere Auslegungsarten, die vielleicht aus ökonomischen und Machtinteressen begünstigt und sich deshalb durchsetzen werden. Es haben nämlich die obigen Erörterungen zur Kritik innerhalb der Literatur gezeigt, daß die Auslegung des neuen Rechts in eine ganz andere als die hier erwünschte Richtung geht, und daß es ganz selten ist, daß sich freiheitliche Argumente durchsetzen. Viel eher wird nach wie vor mit ehelichen Pflichten, mit Verschulden und Fehlverhalten, mit finanzieller Bestrafung hierfür und Einschränkung der Entfaltungsmöglichkeiten operiert, sodaß kaum eine Chance besteht, "auf zu neuen Ufern" zu streben, sondern die Tendenz eher die ist, Veränderungen möglichst zu verhindern.

Es war zwar vor Beginn des Gesetzgebungsverfahrens klar geworden, daß die Gleichberechtigung von Mann und Frau auch im Bereich des Familienrechts immer noch nicht verwirklicht war, daß infolgedessen aufgrund des Verfassungsauftrags des Art.3 II GG etwas geschehen mußte, im Grunde war aber ebenso klar, daß das staatliche Interesse an solcher Veränderung ein höchstens geringes sein konnte: man fand rückläufige Geburtenziffern vor, die eher dazu zwangen, den Mutterinstinkt wieder hochzuloben, die wirtschaftliche Rezession, die man wohl 1967 erstmals seit den Zeiten des Wirtschaftswunders erlebt hatte, machte deutlich, daß man bei den Frauen eine Tendenz zu grundsätzlicher Berufstätigkeit nicht fördern durfte, sondern es vielmehr nach wie vor wünschenswert war, sie nach Bedarf einsetzen zu können; da aber unverheiratete Frauen berufstätig sein und sich selbst versorgen müssen, als industrielle Reservekräfte somit nur verheiratete Frauen interessant sind, mußte nach wie vor ein ausgeprägtes Interesse an Heirat bestehen,und zwar mit dem Verständnis der Ehe als Versorgungsinstitut.

---

wenn die Scheidungstatbestände so klar verfaßt sind, daß sie "bestimmendes Merkmal des gesellschaftlichen Ehebildes werden können".

Derartige Voraussetzungen fließen in die Auslegung gesetzlicher Regelungen automatisch und unbewußt sein und verengen von vornherein den Blickwinkel hinsichtlich der Gleichberechtigung auch im Familienrecht, da ja Ehe und Familie nicht als abstrakte Verhältnisse betrifft, sondern als Institute i n dieser Gesellschaft. Der grundsätzlich bestehende Zusammenhang zwischen gesellschaftlichen Gegebenheiten und rechtlicher Regelung wirkt sich also hier für das Familienrecht quasi doppelt aus: die Struktur der Gesamtgesellschaft prägt sowohl Regelungsobjekt als auch die Anwendung der Regelung, was sich für die Verwirklichung der Gleichberechtigung also doppelt negativ auswirkt.

c) Gleichberechtigung als Problem der Betroffenen

ca) Frauen scheinen häufig an einer Veränderung ihrer Situation nicht interessiert zu sein, Gleichberechtigung scheint also ihre Interessen zu widersprechen.
Zum einen liegt dies aber daran, daß sich bisher emanzipatorische Forderungen nur auf Kosten unzumutbarer Doppelbelastung der Frau realisieren ließen. Zum anderen darf auch nicht übersehen werden, daß die Generation der jetztigen verheirateten Frauen und Mütter großenteils in gut patriarchalischer Sitte erzogen wurde. Die entsprechenden Vorstellungen wie 'der Ehemann als Ernährer','die Frau als Hausfrau und Mutter' sind automatisch eingeübt und sitzen besonders fest.
Daß überdies solche Frauen, die oft nichts anderes gelernt haben als die Hausarbeit, und die noch nie im öffentlichen Leben "ihren Mann stehen mußten" Angst bekommen, wenn sie hören, sie sollen sich verselbständigen, sich emanzipieren, sie seien gleich berechtigt, sie sollen ihre Bedürfnisse befriedigen etc., ist eigentlich nur logisch(50).

---

(50) Simitis, (Fn 12), S.25; zum Unterwerfungstrieb vgl. Horkheimer, (Fn 9), S.90 f.; vgl. auch Gründler, Die sonnige Rechtslage, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe,1969, S. 80 f. und Pieper/Pieper, (Fn 45), S.49; de Beauvoir, (Fn 11),, S.21: "Wie kann man die Unabhängigkeit inmitten der Abhängigkeit wiederfinden?"; vgl. auch Waller-Döhner/Kulms/Höh, (Fn 38), S.82, die darauf hinweisen, daß im Fall einer Scheidung zu der ohnehin vorhandenen gesellschaftlichen Benachteiligung 'Frau' noch das Etikett 'Geschieden' kommt - "eine doppelte Diskriminierung"; Ries, Neue Gesellschaft 75, 739 weist auch noch darauf hin, daß es ebenfalls verständlich sei, daß Frauen die Ehe als Mittel der Versorgung als wichtigste Zukunftsperspektive be-

Zwar paßt das krasse Bild der in außerhäuslichen Dingen völlig ungeübten Frau heute kaum noch einmal, denn durch die Medien und die allgemeine Diskussion über Gleichberechtigung, die doch immer wieder aufflackert, sind wohl die meisten Frauen ein bißchen rollenbewußter geworden, immer mehr lernen einen Beruf, was sie erfahrener macht, auch wenn sie ihn nur als Überbrückung bis zur Eheschließung verstehen. Von da ist aber noch ein sehr, sehr weiter Weg bis zu dem Punkt, an dem eine Frau gern, selbstbewußt und freiwillig (oder aber durch gesellschaftliche Konventio gezwungen wie jeder Mann) die Verantwortung für ihr eigenes Leben übernimmt(51). Tatsächlich macht diese Eigenverantwortung unabhängig und selbstbewußt und liegt objektiv im Interesse jeder Frau, letztlich aller Menschen, aber der diesbezüglich notwendige Lernprozeß wird nicht gefördert, sodaß die Betroffenen sich weiter ängstlich sträuben.

cb) Zu berücksichtigen sind auch die Interessen der Familie, also der Familienmitglieder, wobei beim herkömmlichen Frauenbild kein Spannungsverhältnis zwischen Familieninteressen und Selbstverwirklichung der Frau denkbar ist, denn diese Frau hat die Familieninteressen zu ihren eigenen gemacht und verwirklicht in der Familie sich selbst.
Ein solches Spannungsverhältnis scheint aber gegeben für die sich emanzipierende, nach Gleichberechtigung strebende, Frau, die verblüffenderweise oft kurzerhand mit einer egoistischen gleichgesetzt wird, und die offenbar sich selbst auf Kosten ihrer Familienangehörigen verwirklichen will, die sie vernachlässigt(51 a).
Ein wirklicher Interessenkonflikt ergibt sich aber dann nicht, wenn Ehe und Familie partnerschaftlich gestaltet sind, weil bei konsequenter Aufhebung der Rollenfestschreibungen automatisch auch Rechte, Pflichten und anfallende Tätigkeiten sich gleich mäßig verteilen können.

---

trachten, solange sich im Produktionsprozeß nichts ändert. Kühn, Das Verhältnis von Rechtspolitik, Wissenschaft und Praxis, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.4 weist darauf hin, wie schwierig es sei, Selbstbestimmung, Partnerschaft, Kindeswohl etc. in Einklang zu bringen.

(51) Gar nicht so selten hört man unter Mädchen, selbst an der Universität, Aussagen wie "Es ist doch schön, wenn jemand einem die Verantwortung abnimmt" oder "Wenn es mit dem Examen nicht klappt, heirate ich eben". Solche Fluchtwege waren den Männern nie offen, und dies hat ihnen offenbar gut getan.

Das heißt also: Streben nach Gleichberechtigung ist nur dann familienfeindlich, wenn die Familie die Entwicklung nicht mitvollzieht.
Die Individualität für Mann und Frau also, die das neue Gesetz zu garantieren sucht(52), widerspricht der herkömmlichen Eheform, die die alten Macht- und Herrschaftsstrukturen fortsetzt. Es wird also deutlich, daß sich nur beides gemeinsam durchsetzen läßt: Gleichberechtigung und partnerschaftliche Eheform, die die Individualität der Partner innerhalb der Ehe - trotz der Ehe - erlaubt.

d) Gleichberechtigung als faktisches Problem

Und nicht nur gesellschaftliche ideologische Bedingungen und psychologische Voraussetzungen bei den Betroffenen erschweren die Verwirklichung der Gleichberechtigung, es stehen der Individualität und Selbstverwirklichung auch ganz triviale Sachzwänge im Weg (die sich allerdings aus der ideologischen Grundhaltung ergeben).
Hierfür genügt ein Beispiel: Unsere Wirtschaftsordnung gibt dem Mann nicht die Möglichkeit, seine berufliche Tätigkeit flexibler zu gestalten, insbesondere zeitlich(53). So ergibt sich (abgesehen von der Berufstätigkeit beider Partner) nur die Alternative der alleinigen Berufstätigkeit entweder des Mannes oder der Frau. Die alleinige Erwerbstätigkeit der Frau ist aber aufgrund der geringeren Aufstiegsmöglichkeiten und minderen Entlohnung für die Mehrzahl der Familien aus finanziellen Gründen

---

(51 a)So sieht Bundespräsident Scheel in seiner Weihnachtsansprache 1978, wo er zum beginnenden"Jahr des Kindes" Stellung nimmt, die Gefahr der "Gleichberechtigung auf dem Rücken des Kindes". Deshalb will er die gängige Rollenverteilung beibehalten und für die Kinder die Geborgenheit der Familie retten, für die Kinder "wieder eine lebenswerte Umwelt schaffen"; auch Lecheler bedauert FamRZ 79, 7, daß bei der Emanzipationsdiskussion so selten vom Recht des Kindes die Rede sei. Hier zeigt sich deutlich: es werden immer nur Interessen von Mutter und Kind gegeneinander abgewogen, von Frauen gegeneinander, die Stellung des Mannes bleibt unberührt; dies ergibt sich selbst aus den Ausführungen von K.-H.Schwab, Der Wandel der Ordnung im Familienrecht, in: FS Nüchterlein, S.319 f., der sich gleichberechtigungsfreundlich gibt.; vgl. auch Maunz-Dürig zu Art.3 II RdNr.6, also auch Gleichberechtigung wird nie konsequent zu Ende gedacht. Daß eine ähnlich Stimmung in der Bevölkerung herrscht, zeigt sich an folgendem Witz, der unlängst in der "Funk-Uhr" stand: Ein Mann zu seinem Freund:

gar nicht haltbar(54).
So wird also selbst für die Menschen, die ein Bewußtsein von gleichberechtigter Partnerschaft entwickelt haben, die Durchführung einer solchen von außen erschwert.

e) Gleichberechtigung als Problem auf der Bewußtseinsebene

Das 1.EheRG trifft aber nicht nur auf faktisch ihm entgegenstehende Umstände, die seine Verwirklichung erschweren oder gar verunmöglichen, sodaß rein faktische Veränderungen Abhilfe schaffen könnten, sondern,wie schon mehrfach anklang, scheint auch das neue Gesetz wieder dem Bewußtsein der Betroffenen zu widersprechen, also eine Diskrepanz zwischen gesetzlicher Regelung und gesellschaftlicher 'Bewußtseins-Wirklichkeit' zu bestehen.
Nach offizieller Aussage war es Ziel des neuen Gesetzes, das Recht an die veränderten gesellschaftlichen Bedingungen unserer Zeit anzupassen, was nach ebenso offizieller Aussage nun gelungen sein soll(55).
Hinsichtlich dieser gesellschaftlichen Bedingungen, die sichja zusammensetzen aus faktischen Voraussetzungen und Bewußtsein, hat der Gesetzgeber einen Widerspruch wohl zwischen diesen und den alten Regelungen erkannt, nicht aber bezüglich der neuen Regelungen, sondern hier scheint ihm nun Übereinstimmung vorzuliegen.
Nun wurde ja schon mehrfach betont, daß unsere gesellschaftlichen

---

"Denk nur, meine Frau ist jetzt auch berufstätig"; "Was macht sie denn? "
"Sie betreut die Kinder unserer Putzfrau".
Auch Tourneau, Jenseits des Rechts, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.14 weist darauf hin, daß die Wahlmöglichkeit des Mannes völlig unberührt bleibt.

(52) vgl. Jahn, G. Warum Reform des Eherechts? in: Tatsachen und Argumente, Nr.300, Bonn 1970, S.3; so sieht K.-H.Schwab, (Fn 51 a), S.318 Spannungen zwischen Individualität und den Institutionen Ehe und Familie

(53) vgl. hierzu übrigens Finkelnburg, DRiZ 71, 369, die noch aufzeigt, daß sogar im Beamtenrecht, das ansonsten Gleichberechtigung noch am ehesten verwirklicht hatte, noch Unterschiede gemacht werden, nämlich zwischen Richtern oder Richterinnen, die in unterschiedlichem Ausmaß die Möglichkeit haben, Teilzeit zu arbeiten (§ 48 a DRiG)

(54) ganz abgesehen davon, daß der Mann als Hausmann belächelt würde und die Frau nach wie vor für besser geeignet gehalten wird, Haushalt undKinder zu versorgen.

(55) vgl. Justizminister Vogel, im Vorwort der Broschüre"1.EheRG"

Gegebenheiten von Gleichberechtigung noch weit entfernt sind, und dies kann sich nicht nur auf faktische Verhältnisse beziehen. In diese so vollständig eingebunden sein, bezieht auch das Bewußtsein mit ein; mangelnde Gleichberechtigung läßt sich den Menschen nicht ununterbrochen aufoktroyieren, wenn diese sie nicht verinnerlicht haben und den Mangel nicht bemerken können(56). Selbstverständlich gibt es schon Menschen, die in verschiedensten Formen und Abstufungen Gleichberechtigung richtig finden, selbst üben, lernen und leben wollen oder können, aber von einem allgemeinen Bewußtsein, das tatsächlich in allen Lebensbereichen gleichberechtigte Menschen sieht und haben will, kann keine Rede sein, sodaß - da die Regelung die Ehe der gleichberechtigten Partner vor Augen hat - der Widerwpruch zwischen Recht und Bewußtsein doch immer noch gegeben ist, es sei denn, man stellte sich auf den Standpunkt, dem Meinungspluralismus entspreche die alles ermöglichende Regelung am besten, das Gesetz wäre also der Bewußtseinsvielfalt angepaßt.

Dann aber wäre wieder die Intention des Gesetzgebers widersprüchlich, Gleichberechtigung weiterverwirklichen zu wollen, was ja irgendeine Aktivität voraussetzt.

Und man darf auch nicht unterstellen, Gleichberechtigung hätte auf rechtlichem Gebiet nur in dem Ausmaß verwirklicht werden sollen, das dem Entwicklungsstand der Gesellschaft entspricht, denn dann wäre dem Verfassungsauftrag des Art.3 II nicht Genüge getan.

Es ist aber auch zu attestieren, daß der Gesetzgeber vor einem echten Dilemme stand, wenn er Gleichberechtigung aufgrund der Verfassung verwirklichen sollte, gleichzeitig aber ein Gesetz schaffen mußte, das für jeden Angehörigen der Rechtsgemeinschaft auch zutraf, also dem allgemeinen Bewußtsein entsprach(57), denn

---

(Materialienband); hierzu auch Tourneau, (Fn 51 a), S.13; Kühn, ZRP 75, 166.

(56) so werfen Pieper/Pieper, (Fn 45), S.47 die Frage auf, ob solche Reformvorschläge politisch durchsetzbar sind in einer Gesellschaft, in der 55 % der 23jährigen Männer von ihrer zukünftigen Frau in erster Linie "Häuslichkeit" und "Mütterlichkeit" erwarten.

(57) Es handelt sich hier im Grunde um das Problem der Vermittlung zwischen "öffentlicher Meinung" und Staat, also Regierten und Regierenden. Die öffentliche Meinung ist die Basis der Legitimation politischer Herrschaft, wobei der Begriff 'öffentliche Meinung' zwar fest verankert aber völlig ungeklärt ist, vgl. Noelle, Öffentliche Meinung und Soziale Kontrolle, 1966, S.4 f., 14, 27.

dieses wurde nicht nur vielfältig, sondern vor allem immer noch häufig patriarchalisch vorgefunden, während sich Gleichberechtigung unter patriarchalischen Lebensformen - wie weiter oben ausgeführt - nicht verwirklichen läßt.
Wenn der Gesetzgeber durch die von ihm getroffene Regelung Gleichberechtigung verwirklicht sieht, sich aber offensichtlich keine entsprechenden Veränderungen im Bewußtsein der Bevölkerung vollziehen, scheint eine Art Effizienzproblem vorzuliegen. Dieses gehört eigentlich in den Bereich des Verwaltung- und des gesamten öffentlichen Rechts, weil es eben dort besonders auf die tatsächliche Wirksamkeit staatlichen Handelns ankommt(58). Dennoch kann man ja die Effizienz in Frage stellen, wenn sich der Gesetzgeber ganz eindeutig ein bestimmtes Ziel gesetzt hat, das erreicht werden soll, zu vergleichen mit der sog. Zielerreichungseffizienz(59) des öffentlichen Rechts.
Auf diese Weise kann man aber nur die quasi technischen Fehler des Gesetzgebers herausfinden, die der Wirksamkeit entgegenstehen(60), der Bezug zum Bewußtsein, auf das die rechtliche Regelung trifft, macht hier jedoch die Übereinstimmung von Regelung und Regelungsgebiet fraglich.
Nach Maihofer handelt es sich hier um eine ideologiekritische Problematik(61):
"Wir nennen einen Widerspruch zwischen gesellschaftlichen Verhältnissen und dem hierauf bezogenen geltenden Recht eine soziologische Differenz. Sie besteht in einer Nichtübereinstimmung zwischen dem, was als Recht faktisch in einer Gesellschaft gelebt wird und dem, was normativ als Recht für dieses Gesellschaft gesetzt ist. Eine solche soziologische Differenz kann sowohl in den gesellschaftlichen Verhältnissen ihren Grund haben, wenn die-

---

(58) Zwar ist auch gesetzgeberisches Tun staatliches Handeln, aber z.B. der Zivilrechtsgesetzgeber ist mit Effizienzproblemen nicht unmittelbar befaßt, sondern kann eine Art Erfolgskontrolle eher längerfristig ex post versuchen.

(59) Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S.7. Er untersucht dies alles unter der Fragestellung, ob es überhaupt ein Rechtsprinzip Effizienz, also einen normativen Grundsatz des wirksamen Staatshandelns gibt, dem aber s.E. die Rechtsstaatlichkeit und die Schwierigkeit der normativen Faßbarkeit der Zweck-Mittel-Relation entgegenstehen, vgl. S. 5 ff.

(60) vgl. oben die Mängel des 1.EheRG in bezug auf die Gleichberechtigung.

(61) Maihofer, Ideologie und Recht, 1969, S. XIII (Einleitung) zur sozialkritischen Fragestellung.

se es faktisch unmöglich machen, das, was normativ gelten soll, überhaupt zu tun oder zu lassen; wie z.B. die praktisch illusorische Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nach § 1353 ..."(62).

"Ganz anders, wenn wir darüber hinaus uns fragen, ob die rechtliche Norm nicht nur dem gesellschaftlichen Sein: den Normen im Sinne tatsächlicher Übungen in der Gesellschaft, sondern dem gesellschaftlichen Bewußtsein: den Normen im Sinne tatsächlicher Überzeugungen in der Gesellschaft, entspricht oder widerspricht. ... Sie (die Frage) schlägt ... hier jedoch in dem Augenblick in die ideologiekritische Fragestellung um, wenn sie darüber hinaus frägt, ob dieses geltende Recht die Realität des gesellschaftlichen Bewußtseins widerspiegelt oder nur eine Illusion von ihm vorspiegelt. Stellen wir fest, daß auch hier, nicht nur im Hinblick auf den Unterschied zwischen tatsächlichen und rechtlichen Übungen, sondern Überzeugungen, der Jurist entweder mit einem Recht arbeitet, das dem gesellschaftlichen Bewußtsein widerspricht, oder aber der Laie mit einer Überzeugung vom Recht lebt, das dem geltenden Recht widerspricht, dann sprechen wir von einer ideologischen Differenz"(63), wobei unter Ideologie gesellschaftliches Bewußtsein überhaupt zu verstehen ist(64). Hinsichtlich der Gleichberechtigung der Geschlechter ist also innerhalb des Bewußtseins der Gesellschaft das Rechtsbewußtsein ein auf die Zukunft gerichtetes, was zur Folge hat, daß das 1.EheRG - mit seinem Eheverständnis und den darauf abgestimmten Scheidungs- und Scheidungsfolgenregelungen - mit den Konfliktfällen, die tatsächlich auf die Richter zukommen, wenig zu tun haben wird, gar nicht auf sie anwendbar erscheint. Wenn aber, wie es sich bereits abzeichnet, das Gesetz in der Praxis so aus-

---

(62) Maihofer, (Fn 61), S. XIII f.; ders., Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft, in: Das Rechtswesen, S.44

(63) Maihofer, (Fn 61), S. XIV; ders. (Fn 62), S.44

(64) zum Ideologiebegriff vgl. Henkel, Ideologie und Recht, 1973, S.4; s. auch Maihofer, (Fn 61), S.18 u. dort S.20: "Innerhalb dieses Bewußtseins nimmt das Rechtsbewußtsein einer Gesellschaft eine wesentliche Stelle ein. Es ist dabei wie alles gesellschaftliche Bewußtsein jeweils mehr oder weniger einseitig auf einen bestimmten Aspekt der Zeitlichkeit: Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft bezogen; wie etwa ... in einem auf die Wirklichkeit der Zukunft gerichteten Rechtsbewußtsein, wie es sich im Verfassungspostulat der "Gleichberechtigung der Geschlechter" beispielhaft ausspricht".

gelegt wird, daß es zu den Konfliktfällen paßt, dann wird die Verwirklichung der Gleichberechtigung immer fraglicher. Zwar bietet das Gesetz Raum für sämtliche Ehegestaltungformen, setzt aber dennoch ein bestimmtes Bewußtsein voraus; auch die Hausfrauenehe soll in Zukunft ja nicht mehr patriarchalisch gestaltet, sondern ebenfalls von gleichberechtigten Partnern gewählt und gelebt sein, und gerade an diesem Bewußtsein fehlt es momentan noch in den allermeisten Fällen. Hinsichtlich der Verwirklichung der Gleichberechtigung ergäbe sich somit Stagnation.
Wollte man hierdurch schon die Alibifunktion des Gesetzes erwiesen sehen, würde man es auf die Funktion des Lösens von Konflikten beschränken. Es will aber vielfach auch erziehen, die gesellschaftliche Wirklichkeit gestalten. "Diese Gestaltung kann nur selten auf bestehende soziale Normen aufbauen; in aller Regel sind diese gesellschaftsgestaltenden Normen darauf angewiesen, ein entsprechendes soziales Verhalten ohne die Unterstützung sozialer Normen zu bewirken, oft werden sie sich gegen entgegenstehende soziale Normen behaupten müssen"(65).
Mußte also nicht ein Gesetz, das die Gleichberechtigung weiter zu verwirklichen sucht, über die momentanen gesellschaftlichen Gegebenheiten gezwungenermaßen hinausgehen, ihnen vorgreifen, wenn es nicht bereits veraltet sein wollte, ehe es noch erlassen wurde(66) ? Konnte der Gesetzgeber sich nicht vorgestellt haben, auf diese Weise erzieherisch wirken zu können, den gesellschaftlichen Wandel nicht erst abzuwarten, sondern mitzubestimmen ?(67)

f) Erziehung zur Gleichberechtigung durch das 1.EheRG

Auch,wenn der Gesetzgeber in der Tat erzieherische Ziele gehabt haben sollte, wird dies doch durch die Art der Regelungen fraglich. Nehmen sich nicht Maßnahmen wie z.B. die Änderung des Na-

---

(65) Schröder, Zur Erfolgskontrolle der Gesetzgebung, in: Jb.f. Rsoz.u.Rth. III, S.273 f.

(66) wie es Gernhuber, Neues Familienrecht, 1977, S.34 für das BGB von 1900 skizziert.

(67) ähnlich bei Raiser, Sozialer Wandel durch Recht..., in: Jb. f.Rsoz.u.Rth. III, S.411, wo er im folgenden noch darauf hinweist, wie schwierig es sei,die Wirkung von Recht zu untersuchen, weil 'Recht' so vieles sei, was sich gegenseitig beeinflusse.

mensrechts so - herausgelöst aus ihrer gesellschaftlichen Bedeutung - als freundliche Geste von "oben" aus, die allenfalls von solchen Frauen in Anspruch genommen werden, die aufgrund einer privilegierten Sozialisation ihre Stellung schon reflektiert haben?

Ist nicht überhaupt die erzieherische Funktion der Regelungen fraglich, wenn Regelungen allein auf dem Gebiet des Familienrechts vorgenommen werden, während doch die Familie und die Stellung der Frau innerhalb der Familie gar nicht isoliert betrachtet werden können, und doch Maßnahmen allein dort letztendlich gar nicht irgendwie wirksam werden können. Wie nämlich sollen sich Mann und Frau ihrer Gleichberechtigung (innerhalb der Familie) bewußt werden können, solange die Frau am Arbeitsplatz entschieden weniger Lohn erhält als ihr männlicher Kollege? Und wie soll eine Hausfrau und Mutter ihre Gleichberechtigung erlernen, wenn sie ihren Mann um jede Mark bitten muß, also finanziell völlig abhängig ist und aus ihrer schweren Arbeit keinen eignen Lohn erhält?

Und ist es nicht unter diesen Voraussetzungen auch und gerade unter erzieherischen Aspekten äußerst bedenklich, eine Regelung zu treffen, die den Zustand, den sie herbeiführen will, bereits voraussetzt? Nur allzu leicht wird es dann aufgegeben werden, für Gleichberechtigung auf dem Gebiet des Familienrechts einzutreten, eben weil sie ja verwirklicht sei. Nur allzu leicht wird der trügerische Schein entstehen, daß man hier alles Erreichbare erreicht habe und wird sich auf andere Gebiete konzentrieren, wie eben das Arbeitsrecht. Das ist aber gefährlich, weil eben und gerade trotz der gesetzlichen Regelung auf dem Gebiet des Familienrechts die Verhältnisse noch genauso im argen liegen wie zuvor, also das Engagement sich weiterhin auf die gesamten gesellschaftlichen Verhältnisse beziehen muß.

Das heißt also, gerade durch ein Gesetz, das in bestimmter Richtung erziehen will, werden die Erziehungsbemühungen in allen Bereichen der Gesellschaft, wo sie ja notwendig sind, abgeblockt und eingedämmt. Dann hätte das Gesetz nicht nur Alibi-, sondern womöglich gar Verhinderungsfunktion.

Das aber soll noch nicht unterstellt werden, sondern zunächst soll doch vom ernst und gut gemeinten Willen des Gesetzgebers ausgegangen werden, durch die Fassung des Gesetzes gerade so den entsprechenden sozialen Wandel herbeiführen zu helfen, was

allerdings zunächst die Frage aufwirft, inwieweit ein Gesetz dies überhaupt leisten kann, zum anderen aber die Frage, welche Rolle die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang spielt.

2.) Funktion des Rechts

Ausgehend von der These, daß Gleichberechtigung entweder nicht wirklich intendiert war oder aber per Gesetz nicht zu erreichen ist, muß die Frage nach der Funktion des Rechts gestellt werden, insbesondere nach der Möglichkeit des Rechts, verhaltenssteuernd zu wirken.
Sowohl eine Funktion des Rechts als "Stabilisator",also eine konservierende Funktion, als auch eine Aufgabe des Rechts, verhaltenssteuernd, erzieherisch und gesellschaftsgestaltend wirken zu müssen, werden in der Literatur gesehen, wobei die Schwerpunktsetzung sehr unterschiedlich ist, und zwar ebenso in theoretischen Untersuchungen wie jetzt konkret am Beispiel des 1. EheRG.

a) Wer hinsichtlich des Familienrechts die konservierende Funktion hervorhebt und dem 1.EheRG kritisch gegenüber steht, unterstellt diesem zu viel Verhaltenssteuerung. So schreibt z.B. Giesen, das neue Eherecht werde "gesellschaftspolitischen Zielvorstellungen zum Durchbruch in eine neue soziale Wirklichkeit verhelfen ..., die ihnen nachgerade die Unterverfung unter ein ebenfalls höheren Orts verhängtes einseitiges Lebensmodell von fremder Determination abnötigen werden, dabei leider nur wenig Raum für eine individuelle Entwicklung des einzelnen und der Familie lassen und mit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Schutzes von Ehe und Familie auch erst noch in Einklang gebracht werden müssen"(68).
Andererseits wird das neue Recht für sehr zurückhaltend gehalten, was Lenkung, überhaupt Einmischung anlangt: "Unser Recht

---

(68) Giesen, FamRZ 77, 596; ders. Gleichberechtigungspostulat und Familienschutz im Erwerbsleben, in: FS Bosch, S.325 warnt: "Die Reform des Scheidungsrechts kann Ausdruck und Folge einer gewandelten gesellschaftlichen Ordnung sein; sie darf aber nicht als Instrument zur Herbeiführung einer Gesellschaftsordnung mißbraucht werden, soll nicht die Sozialfunktion des Rechts - und mithin also die Gerechtigkeit selbst - Schaden leiden".

nimmt keine dem DDR-Recht entsprechende Erziehungsfunktion in Anspruch; ... Konsequenterweise fehlen auch die Voraussetzungen einer solchen Erziehung, nämlich ein verbindliches Leitbild sowohl für Eheführung als auch Familienleben... Dabei kann nicht zweifelhaft sein, daß das 1.EheRG den Bereich gesellschaftlicher und rechtlicher Indifferenz noch wesentlich ausgeweitet hat"(69), und eine Art Mittelmeinung sieht ja durch das 1.EheRG vor allem überholte Rechtsnormen der sozialen Wirklichkeit angepaßt(70). Hier wird also wieder der oben benannte Zusammenhang zwischen dem Recht und der gesellschaftlichen Situation bedeutsam, wobei jetzt ganz konkret in Frage steht, ob und wie das Recht diese beeinflussen kann, oder ob es selbst mehr durch sie beeinflußt wird. Wie also vollzieht sich denn sozialer Wandel? Denn einen solchen müssen wir anstreben, wollen wir die Gleichberechtigung wirklich vorantreiben.

Sozialer Wandel wird bezeichnet als "Bedeutsame Veränderungen der Sozialstruktur (d.h. von Strukturen sozialen Handelns und sozialer gegenseitiger Beeinflussung) einschließlich der Folgen und Symptome solcher Strukturen, die in Normen (Verhaltensregeln), Wertvorstellungen und Kulturprodukten sowie Symbolen verkörpert sind"(71). Sozialer Wandel setzt also voraus, daß bei einer Mehrzahl der Bürger eine Veränderung von bestimmten Auffassung sich vollzogen hat.

Im Grunde wird schon aus diesem Begriff selbst klar, daß einmal eine sehr lange Zeit nötig ist, um solche Veränderungen herbeizuführen(72), und daß eine solche, wenn sie zudem auf der Bewußtseinsebene erfolgen muß, schon grundsätzlich schwierig ist, insbesondere offiziell herbeigeführt und gelenkt, und gerade im

---

(69) Coester, FamRZ 77, 220

(70) Vogel, FamRZ 76, 481; Just, Für ein neues Ehescheidungsrecht in: Wassermann (Hrsg.), Justizreform, 1970, S.162 begrüßt dies wegen der heute so raschen Veränderung der Verhältnisse; vgl. hierzu auch MünchKomm-Wolf vor § 1565 RdNr.2; so sieht Kloepfer, Vorwirkungen von Gesetzen, 1974, S.12 f. in den gesellschaftlichen, rechtspolitischen Forderungen nach gesetzgeberischer Aktivität wichtige Indizien für ein gewandeltes Rechtsbewußtsein; Beitzke, Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz, in: Bader(Hrsg.) Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, 1950, S.21 ist sogar der Auffassung, auch das Bonner GG habe sich nur - durch Art.3 II - an die bestehende soziologische Struktur anpassen wollen.

(71) Persson Blegvad/ Møller Nielsen, Recht als Mittel sozialen Wandels, in: Jb.f.Rsoz.u.R.tn. III, S.430; vgl. auch Laur-

Familienrecht, wo der Staat sich der Einflußnahme soweit wie möglich enthalten will und soll(73). Letztendlich handelt es sich hinsichtlich der Frage, ob Recht verhaltenssteuernde Funktion hat oder mehr konservierende, stabilisierende, um das Problem, ob und wie weit Recht politisch ist.

aa) Man wird hier die unterschiedlichen Auffassungen grob schematisierend soskizzieren können: wer Recht für unpolitisch hält bzw. das Recht von der Politik freihalten will, der wird im Recht mehr die konservierende Funktion hervorheben, wird es als Aufgabe des Rechts definieren, die "Ordnung zu sichern", Verhaltenserwartungen zu sichern, Rechtssicherheit und Stabilität zu garantieren(74).
Wer aber den engen Zusammenhang zwischen Recht und Politik bejaht(75), Recht als etwas Hochpolitisches ansieht, was man wohl letztendlich gar nicht mehr ernsthaft bestreiten können wird, der wird dem Recht auch und vor allem die Funktion der Verhaltenssteuerung, der Lenkung und Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse zuschreiben(76).
So kritisiert auch Noll die bisherige Rechtsauffassung, die immer noch zu einer Trennung von Recht und Politik geführt hatte, und da seine Kritik sehr zutreffend erscheint, soll sie schlagwortartig wiedergegeben werden:

---

mann, Abbau von Vorurteilen durch Gesetze, in: Jb.f.Rsoz.u. Rth. III, S.187, der noch betont, daß bei einer ganzen Kategorie von Individuen neue Inhalte internalisiert werden müssen.

(72) Dies führt auch Dichgans aus, Die Welt verändern, Reform oder Revolution, 1974, S.67, der hinsichtlich großangelegter Erziehungsversuche - Beispiel Sowjetrußland - sehr, sehr skeptisch ist. Auch Gernhuber, Familienrecht, S.3 betont: "Versuche, mit den Mitteln des Rechts erzieherisch zu wirken, sind oft genug gescheitert".

(73) Tatsächliches Planungsrecht und Lenkung bestimmter Verhaltensweisen spielen eine größere Rolle im Bereich des Wirtschaftsrechts, vgl. für die DDR, wo dies üblicher ist, z. B. die Aufsätze von Panzer/Penig, in: Staat und Recht 19 (1970), S.1080-1098; Kerimov, in: Staat und Recht 18 (1969), S.633 - 640, und Lengwinat/Panzer/Pflicke in: Staat und Recht 21 (1972), S.5 - 19. Der demokratischen Staatsform widerspricht dies an sich.

(74) Wolf, z.B. JZ 74, 17 will alles Weltanschauliche, Politische zumindest aus dem Privatrecht heraushalten; vgl. auch WOMAN in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.213 u. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934 im Vorwort

(75) z.B. Schmid, Befangenheit aus Weltanschauung und sozialem Standort im öffentl.,Privat- u.Arbeitsrecht, in: Das Rechts-

Er kritisiert den "normativen Idealismus", der dazu führe, daß Rechtssätze und Rechtsentscheidungen für die Wirklichkeit genommen werden. "Die Differenz zwischen Rechtsausspruch und Rechtswirklichkeit wird übersehen ... Eine solche Rechtsauffassung bleibt natürlich unempfindlich gegenüber Problemimpulsen, die aus der sozialen Realität kommen. Diese und ihre Gestaltung werden der 'Politik' überlassen, aber wiederum nicht etwa aufgrund einer reflektierten Kompetenzabgrenzung, sondern weil die bestehenden Normen unreflektiert als Realität genommen werden"(77). "Dahinter steht die verständliche, aber letztlich unbegründete Befürchtung, die Jurisprudenz verliere ihre "wissenschaftliche Objektivität", sobald sie sich mit Rechtsgestaltung befasse und damit eben 'politisch' werde"(78). Noll fordert deshalb eine Gesetzgebungswissenschaft, die von der Frage ausgeht: "Wie können mit gesetzlichen Normen soziale Zustände in einem erwünschten Sinne beeinflußt werden?"(79).
Dann aber durfte sich das Recht - konkret das 1.EheRG - gar nicht mehr auf die rein konservierende, konfliktlösende, stabilisierende Funktion zurückziehen, sondern mußte geradezu - aus dem engen Zusammenhang zur Politik heraus, der ja Recht selbst als etwas Hochpolitisches zeigt - versuchen, die gestaltende Funktion auszufüllen.

ab) Allerdings besteht dann das Problem, daß das Recht noch gar nicht darauf eingestellt sein könnte, verhaltenssteuernd zu wirken. Insbesondere ist die Möglichkeit des Rechts diesbezüglich auf der Bewußtseinsebene anzuzweifeln, wenn also nicht ein rein technisches Verhalten durch eine Regelung herbeigeführt werden soll, sondern eine Veränderung der Auffassung, weil eben in den Bereich des Bewußtseins, vielmehr des Unterbewußten,so schwer einzudringen ist.

---

wesen, S.151. Mayer-Maly, (Fn 37), S.95 führt aus, daß über Recht als solches politikfreie Wissenschaft wohl möglich, daß aber jede Rechtsanwendung hochpolitisch sei.

(76) Rebe/Rehbinder in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., (Vorwort der Hrsg. der Reihe), S.V erhoffen sich gerade von der Neufassung der §§ 1353 ff. die bewußtseinsändernde Kraft emanzipatorischer Gesetzes.

(77) Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, S.26

(78) Noll, (Fn 77), S.32

(79) Noll, (Fn 77), S.58; vgl. zur Aufarbeitung gesetzestechnischer Einzelprobleme die Abhandlungen in Rödig (Hrsg.),Theorie der Gesetzgebung, 1976

So beurteilt Lautmann den Beitrag, den das Recht in Fällen insbesondere des Abbaus von Vorurteilen zu leisten imstande ist, eher pessimistisch, wobei er sich z.B. auf Sumner bezieht, dessen berühmtes "Stateways cannot change folkways" ja nichts anderes zum Ausdruck bringt(80). "Danach wären außerrechtliche Normen, die von der Bevölkerung für gültig gehalten werden, stärker als die Rechtsnormen; Einflüsse fänden nur in der einen, nicht in der anderen Richtung statt"(81).

Man wird die Beeinflussung des Bewußtseins entweder vollständig anderen Institutionen überlassen müssen oder aber zumindest ihren Einsatz neben der Gesetzgebung fordern.

So hebt z.B. Dichgans die Bedeutung der Massenmedien, insbesondere des Fernsehens in diesem Bereich hervor(82), solche Institutionen wirken auf den Bürger unmittelbarer, sind ihm einfach näher, insbesondere wenn man sich verdeutlicht, daß, wie Gernhuber sagt, "das Recht fast gleichgültig hingenommen (wird), und zwar von allen Bevölkerungsschichten"(83).

So hält auch Schwab die Wirkung von Gesetzen für "grotesk überschätzt", wenn man dem 1.EheRG unterstellt, es wolle die Hausfrau zur beruflichen Emanzipation nötigen(84), Erna Scheffler hält die Gleichordnung von Mann und Frau im Recht für nahezu vollendet, nun aber bestehe für die nächsten 100 Jahre (!) die Aufgabe, das Bewußtsein der Menschen an die veränderten Leitgedanken anzupassen (also auf anderem Wege als durch das Gesetz selbst)(85), und Luhmann schließlich modifiziert schon grundsätzlich die Fragestellung: "Die Frage ist also nicht, ob das Recht die Funktion

---

(80) vgl. Lautmann, (Fn 71), S.189; auch bei Ott, Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft, in: Jb.f.Rsoz.u.RTh. III, S.355; Dichgans, (Fn 72), S.27 führt aus, die gleiche Schwierigkeit, Tatbestände zu formulieren, ergebe sich bei allen anderen Werten aus dem Bereich des menschlichen Verhaltens: Anstand, Rücksicht, Toleranz etc. Der Gesetzgeber könne hier nur extreme Verstöße ahnden, diesen Bereich ansonsten aber Schule und Kirchen, also der Erziehung überlassen. Auch Drath, Grundgesetz und pluralistische Gesellschaft, in: Böhme (Hrsg.), Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung, 1968, S.128 ff. weist die Gestaltung anderen Institutionen zu.; vgl. hierzu auch Rehbinder, in: Kölner Zs.f.Soziologie u. Sozialpsychologie 15 (1963), S.17 f.; auch Kissel, DRiZ 78, 228 zu den gesetzl.Möglichkeiten pessimistisch, ebenso Huhn, (Fn 17), S.174

(81) Lautmann, (Fn 71), S.189

(82) Er nennt als Beispiel für die Bewußtseinsbildung den Zustrom zu den Gymnasien, Dichgans (Fn 72), S.216; den Einfluß des Fernsehens bestätigt auch Scheu, Wir verdennicht

der Sozialplanung und der planmäßigen Verhaltenssteuerung selbst übernehmen kann, sondern, wie das Recht darauf eingestellt werden kann, daß diese Funktionen anderswo in der Gesellschaft in zunehmendem Maße erfüllt werden müssen"(86).
Diese Verlagerung der Fragestellung ist aber dann nicht angebracht, wenn Gesetze erlassen werden, die ihrem Adressaten nicht entsprechen, die also den gesellschaftlichen Verhältnissen vorauseilen. Wenn sich ein solches Gesetz nämlich nicht wenigstens die Bewußtseinsveränderung und Verhaltenssteuerung zum Ziel genommen hat, so ist seine Alibifunktion erneut indiziert(87).
Allerdings ist dies auch der Fall, wenn die entsprechende Zielrichtung zwar gegeben, ihre Verwirklichung aber von vornherein unmöglich ist; so mag langfristig Luhmanns Fragestellung die richtigere sein, für den momentanen Erlaß von Gesetzen jedoch läßt sich die Frage nach der direkten Verhaltenssteuerung durch Gesetze noch nicht umgehen. Und die Möglichkeit derselben wird von vielen Autoren bejaht(88), und speziell dem Ehe- und Familienrecht wird vielfach eine "erzieherische Funktion" zugesprochen(89).

---

als Mädchen geboren, wir werden dazu gemacht, 1978, S.97, die ein Umdenken dort fordert:"Die geschlechtsspezifischen Rollenmodelle vom Bilderbuch bis zur Fernsehsendung sind noch konservativer alsdie Realität" oder S.119: "Die Medien sind nicht nur Spiegel der geschlechtsspezifischen Herrschaftsverhältnisse, sondern darüber hinaus Instrument zu ihrer Manipulation und Aufrechterhaltung"; Lautmann,(Fn 71), S.187 f. beurteilt diesen Einfluß kritischer. Nach Max Weber, Rechtssoziologie, S.212 verbreitet sich ein neuer Inhalt durch Nachahmung und Auslese, nachdem er zuvor von einzelnen "erfunden" worden ist.

(83) Gernhuber, (Fn 66), S.72

(84) Schwab, (Fn 36), S.69

(85) Scheffler, Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft im Wandel der Rechtsordnung seit 1918, 1970, S.29 u. 32; vgl. auch Focke, Die neue Gesellschaft 75, 744, 745

(86) Luhmann, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?, 1974, S.42

(87) Luhmann, (Fn 86), S.43: "Der Gesetzgeber zumindest scheint doch zu glauben, durch Rechtsetzung die Verhältnisse ändern zu können. Könnte es sein, daß hier, wie so ofrt, nur die Unwissenheit die Unschuld bewahrt?, und Kaupen,Die Grenzen des Rechts als Mittel gesellschaftlicher Gestaltung, 1975, S.39 spricht von naiver Selbstzufriedenheit der Rechtspolitiker nach Verabschiedung "fortschrittlicher" Gesetze.

(88) so z.B. Schwind, (Fn 17), S.920; Scheuner,DÖV 60, 609;auch Knöpfel, NJW 60, 557; die Zielrichtung der Veränderung kann natürlich unterschiedlich verstanden werden, also im Sinne

ac) Meist aber ist, was bejaht wird, die Möglichkeit, ein faktisches Verhalten zu erreichen. Diesbezüglich wird man auch in der Tat eine bestimmte Einflußnahme erwarten, zumindest aber planen können, denn man hat bestimmte Machtmittel zur Verfügung, um bestimmtes Verhalten wenigstens äußerlich zu erzwingen, indem man gegenteiliges Handeln bestraft oder aber normgerechtes Handeln belohnt(90). Die Befolgung der Norm ist hier zwar auch besser sichergestellt, wenn der Zweck des Handelns internalisiert wird, aber letztlich genügt normgerechtes Verhalten sogar gegen die Einstellung des Handelnden.

Ganz anders aber ist dies, wenn Gleichberechtigung weiter verwirklicht werden soll, denn hier geht es gar nicht primär um das Verhalten, sondern um die dahinterstehende Meinung, Auffassung, Einstellung. Das Verhalten, das letztendlich erwartet wird, spielt deshalb eine nur sekundäre Rolle, weil es sich bei tatsächlich internalisiertem Bewußtsein von selbst ergibt. Es geht also um die Veränderung der das Verhalten bestimmenden Auffassungen(91).

Hierbei stellt Kulcsár eine sehr wesentliche Anforderung an das gestaltende Recht: "Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie beweisen, daß die rechtliche Regelung perspektivistisch und der erwünschten Änderung entsprechend nur wirksam ist, wenn das Ziel der Regelung den in der Gesellschaft sich formenden objektiven Vorgängen entspricht.... Verkörpert aber die Rechtsnorm die Erfordernisse gegen die objektiven Vorgänge und Verhältnisse, so ist sie auf lange Sicht entweder nicht zu erzwingen, oder sie führt im Falle der Erzwingung gesellschaftliche Erscheinungen und Spannungen herbei, die dem durch die Rechtsnorm bezweckten Ziel entgegenwirken"(92).

---

der Veränderung oder der Stabilisierung, Kulcsár, Sozialer Wandel und die Mitwirkung des Laienelementes in der Rechtspflege, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.492, auch S.491, wo er die gesellschaftsformende Funktion der Rechtsregel für jedes politische System bejaht; vgl. auch Maihofer, (Fn 62), S.53, der vom Recht verlangt, Lenker, Aufklärer u.Erzieher zu sein; Noll,(Fn 77), S.9; Husserl, Recht und Zeit 1955, S. 54, 55, 27;Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, 1954, S.7; vgl. auch Zitelmann, (Fn 18), S.1 u. S.10

(89) Mikat, (Fn 18), S.5; auch Müller-Freienfels, (Fn 1), S.58, allerdings S.49 ff. u.S.51 sehr vorsichtig hinsichtl.einer tatsächlichen Veränderung der Lebensverhältnisse durch eine Scheidungsreglementierung; sehr weitgehend hier Bosch, Neue Rechtsordnung in Ehe u. Familie..., 1954, S.19; ders. FamRZ 66, 65;ähnlich hierzu Wieacker,Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl.,1969, S.477; a.A. Wolf-Lüke-Hax (Fn28), S. 252

Wenn auch Noll ausführt: "Ohne Zweifel hat gesetzgeberisches Handeln vorgegebene Ordnungsgefüge schon öfters geändert oder zerstört. Vorgegebene Strukturen sind also nichts weiter als einerseits Objekte gesetzgeberischer Entscheidungen und andererseits Widerstände"(93), und Raiser: "Das Recht, ... in Gestalt des Gesetzes kennt die Chance, soziale Veränderungen auch größeren Ausmaßes herbeizuführen. Insofern bildet es einen selbständigen Gestaltungsfaktor im sozialen Geschehen, selbst wenn es nicht voraussetzungslos entsteht, sondern seinerseits Produkt realer sozialer Kräfte ist..."(94), so wird man als Endergebnis doch mit Maihofer erkennen müssen: "Solche öffentlichen Entwürfe auf ein besseres: ein sachlich richtigeres und menschlich gerechteres Recht, durch Vorzeichnung künftiger rechtlicher Verhältnisse ... sind allein durch das positive Recht einer Gesellschaft nicht zu leisten"(95).
Eine Ansicht oder Idee hat also die meisten Chancen, sich durchzusetzen, wenn sie von allen gesellschaftlichen Kräften, auch staatlicherseits, unterstützt wird(96), allerdings ist für die Durchsetzung einer bestimmten Idee nicht nur von Bedeutung, wer zu ihrer Durchsetzung beiträgt, sondern auch, wo diese versucht wird.

---

(90) auch bei Kaupen, Der soziale Standort der Juristenschaft, in: Das Rechtswesen, S.99

(91) Menschik/Leopold, Gretchens rote Schwestern, 1974, S.9 sagt, daß "Bewußtsein nicht angeordnet werden kann, sondern bestenfalls angeregt" und Gernhuber, (Fn 66), S.24 f.:"Recht, das bewußt erziehen will, strebt nach normgemäßem Verhalten aus normgemäßem Motiv; es begnügt sich nicht mit der schlichten Geltung seiner Gebote und Verbote ohne Rücksicht auf die Motive der Normadressaten".

(92) Kulcsár, (Fn 88), S.493; allerdings sagt Assmann, Formen und rechtliche Komponenten der Familienpolitik, 1974, S.50: "Indem das Recht dem einzelnen ein Sollen vor Augen führt, hat es auch eine erziehende, vorbildhafte Funktion und gewinnt bereits dadurch eine Bewährung in de r sozialen Wirklichkeit", vgl. auch Dölle, Familienrecht, S.22

(93) Noll, (Fn 77), S.99; vgl. hierzu auch Assmann, (Fn 92), S.15

(94) Raiser, (Fn 67), S.426

(95) Maihofer, Ideologie und Naturrecht, in: ders.(Hrsg.) Ideologie und Recht, 1969, S.137; ähnlich Ryffel, Bedingende Faktoren der Effektivität des Rechts, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.246; Kaupen, (Fn 87), z.B. S.42; auch Kulcsár (Fn 88) S.493 u. schon Jhering, vgl. bei Schelsky, Das Jhering-Modell des sozialen Wandels durch Recht, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.60 ff.; Lautmann, (Fn 71), S.191 erweitert dies noch: "Stigmata werden nicht aufgehoben, indem man einige ihrer Manifestationen bremst; vielmehr müssen sie auf der kogni-

ad) So wird für die Gleichberechtigung gleich fraglich, ob es sinnvoll, vor allem aber hinreichend ist, diese gerade auf dem Gebiet des Familienrechts (und nur dort) verwirklichen zu wollen(97). Insbesondere das Recht der allgemeinen Ehewirkungen ist derartig gestaltet, daß es in Zeiten der funktionierenden Ehe ja gar nicht zur Anwendung kommt. Ist aber die Ehe gescheitert, und kommen die Scheidungs- und Scheidungsfolgenregelungen zur Anwendung, so ist für die Gleichberechtigung innerhalb der Ehe nichts mehr zu erreichen, d.h. also, daß für den größten Teil der weiblichen Bevölkerung, der ja schließlich innerhalb von funktionierenden Ehen lebt, für die Gleichberechtigung durch das Gesetz gar nichts geschehen kann, weil er mit diesem überhaupt nicht in Berührung kommt. Von daher schon wird klar, daß eine Verwirklichung der Gleichberechtigung mit Hilfe nur des Familienrechts sehr aussichtslos erscheint, wenn dieses auch an Art.3 II GG hatte angepaßt werden müssen.
Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, das Familienrecht habe einen Einfluß auf den einzelnen auch dann, wenn er nicht vor Gericht damit befaßt ist, so kann auch eine solche Einflußnahme nur mit Hilfe von zusätzlichen Mitteln erreicht werden, denn neben dem in aller Öffentlichkeit diskutierten Scheidungsrecht müßten dann auch Recht der allgemeinen Ehewirkungen und Scheidungsfolgenrecht der Öffentlichkeit nahegebracht werden, um sich irgendwie auswirken zu können.
Eine Regelung auch auf anderen Gebieten ist ebenso unter dem Aspekt zu fordern, "daß im Familienrecht nach wie vor Kräfte wirksam sind, die eher der historischen Rechtsschule nahestehen oder dem Gedanken eines ethisch-religiös fundierten Naturrechts"(98). Das macht zwar gerade dort die Veränderung besonders notwendig, läßt sie aber gleichzeitig dort besonders aus-

---

tiven und evaluativen Ebene der vorurteilsvollen Persönlichkeit behandelt werden"; vgl. auch Grunenberg, Die amerikanische Front, in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.135 zum Vorgehen in Amerika.

(96) so schon Max Weber, Rechtssoziologie, S.213

(97) Schon Wieacker, (Fn 89), S.481 führt für das gesamte Privatrecht aus: "Alles in allem hat der Gesetzgeber dem Privatrecht ersichtlich nicht eine eigentlich soziale Aufgabe zuerkannt", und Max Weber, Rechtssoziologie, weist u.a.S. 73 darauf hin, daß ja im Familienrecht überhaupt kein "Zwangsapparat" da sei, um irgendetwas durchzusetzen. Müller-Freienfels (Fn 1), betont aber S.58 ff., das Recht könne zwar nicht alles unmittelbar lenken und gestalten, dürfe sich dessen aber auch nicht ganz enthalten.

sichtslos erscheinen und macht deshalb flankierende Maßnahmen und auch Gesetze auf anderen Gebieten umso notwendiger, denn die Funktion des Gesetzes als Stabilisator, die ja durchaus vorhanden ist(99) und auch nicht gänzlich für negativ befunden werden soll, darf, wenn man etwas Neues, nämlich im vorliegenden Fall Gleichberechtigung, weiterverwirklichen will, keinesfalls überwiegen.

b) Der Gesetzgeber hat hier aber nicht nur die Schwierigkeit, sein Zielobjekt, nämlich das Bewußtsein der Adressaten zu erreichen, sondern auch das Gesetz selbst muß grundsätzlich und zu diesem Zweck bestimmten Anforderungen genügen.

ba) Wenn z.B. am 1.EheRG kritisiert werden kann, es sei nicht volkstümlich genug(100), so ist dies einmal ein Hinweis darauf, daß der Inhalt der Regelung nicht bürgernah ist, zum anderen aber bereits darauf, daß es nicht genügend bekannt werden kann, um erkannt und letztendlich anerkannt werden zu können(101). Von der Norm allein, also davon, daß sie erlassen ist, geht noch keine Macht aus, sondern jede Norm muß den Versuch unternehmen, vom Bürger verinnerlicht zu werden(102), und zwar kann dies nur unter bestimmten Voraussetzungen geschehen: der Bürger muß ein

---

(98) Gernhuber, (Fn 66), S.60 oder Simitis, (Fn 12), S.18: "Das Familienrecht erweist sich so als Domäne der Moralität", der aber selbst S.38 sagt, daß sich das Familienrecht mehr und mehr von dem bis dato maßgeblichen Familienbild des gehobenen Mittelstandes abwende mit Forderungen wie der der Gleichberechtigung von Mann und Frau, falls es ihm damit ernst ist.

(99) vgl. z.B. Rotter, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten der Institutionalisierung sozialen Wandels - Ein wirtschafts- u.ein kommunikationssoziologisches Beispiel, in: Jb.f.Rsoz. u.Rth.III , S.88

(100) z.B. Wacke, FamRZ 77, 519; Arndt, Gedanken zum Gleichheitssatz, in: FS Leibzolz, Bd.2, 1966, S.182 führt z.B. auch für die Grundrechte aus, daß sie Kraft nur dann entfalten, wenn ein Volk die Erfahrung macht, daß es seinem Gesetz etwas verdankt, und sich dadurch das Geschichtsbewußtsein bildet, nicht bloße Worte vor sich zu haben, sondern die Wirklichkeit einer Welt, in der zu arbeiten und zu leben sich lohnt".

(101) vgl. bei Krüger, Der Adressat des Rechtsgesetzes, 1969, S. 111 f.; ähnlich Friedman, Einige Bemerkungen über eine allgemeine Theorie des rechtsrelevanten Verhaltens, in: Jb.f. Rsoz.u.Rth. III, S.215; Mayer-Maly, (Fn 37), S.48: "Von der Geltung eines Rechtssatzes ist seine Wirksamkeit zu unterscheiden" ; vgl. auch Heusinger, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975,S.85;

Gesetz als sinnvoll erkennen[103], die Öffentlichkeit muß Vertrauen in die objektive Gerechtigkeit der erlassenen Normen gewinnen, vor allem den Eindruck, die Regelung sei im Interesse des Gemeinwohls erfolgt[104], sodaß hier wiederum folgender Aspekt bedeutsam wird: um eine bestimmte Regelung überhaupt als sinnvoll erkennen zu können, muß ein entsprechendes Bewußtsein der Rechtsgenossen eine solche weltanschauliche Orientierung gegeben sein. "Hier fällt die Entscheidung darüber, ob und wie das positive Recht anerkannt und durchgesetzt wird"[105].
Dieser Widerspruch scheint kaum aufzulösen: das Bewußtsein soll dadurch verändert werden, daß es eine bestimmte Regelung anerkennt, dabei setzt diese Anerkennung das entsprechende Bewußtsein voraus.
Rehbinder sieht zurecht in dieser Ermöglichung der Anerkennung eine Hauptaufgabe der Rechtspolitik und letztlich eine Frage der Sozialisation[106], wobei er ebenfalls zurecht die Notwendigkeit der Rechtskenntnis als Voraussetzung der Rechtsbefolgung

---

(102) Scheuner, DÖV 60, 602; ähnlich Mayer-Maly, (Fn 37), S.47 f. ergibt sich auch bei Radbruch, SJZ 46, 107

(103) Grunsky, Verfahrensrechtliche Probleme einer Ehescheidungsreform, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.136. Er nennt zuerst ein Beispiel aus dem Straßenverkehrsrecht u. führt dann aus: "Ein Gesetz, das die Scheidungsmöglichkeit über das Maß dessen einschränkt, was die Bürger in ihrer überwiegenden Mehrheit als erträglich empfinden, wird nicht nur den Effekt haben, daß es selbst mißachtet u.umgangen wird, sondern kann außerdem dazu beitragen, etwa den Respekt vor Unterhaltsbestimmungen, Bestimmungen über die Rechtsstellung von Kindern in der Familie usw. zu untergraben".

(104) Scheuner,DÖV 60, 611; ähnlich Arndt, in: Recht und Politik 4/66, S.11; Panzer/Penig in: Staat und Recht 19 (1970), S. 1090 betonen für das Recht der DDR auch, daß es besonders gut durchsetzbar sei, wenn es mit Überzeugung gepaart sei; seine konsequente Einhaltung ist durch das Interesse der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft stimuliert; und dennoch drückt jede Regelung nur modellhaft partikuläre Interessen aus, Simitis, (Fn 12), S.27, und Kaupen (Fn 87), S. 42 warnt davor, die Gesellschaftspolitik werde vollständig den Partikularinteressen der Wirtschaft überlassen, wenn das Recht nur mit seinen unzulänglichen Mitteln arbeite; vgl. auch Schelsky, JZ 74, 410; Naumann, Die ethische Funktion des Rechts in der demokratischen Gesellschaft, in: Der Rechtspfleger,in Europa, 1973, S.34 weist auch darauf hin, daß die Motive für die Initiative des Gesetzgebers nicht allein juristischer Art sind, sondern zuletzt weltanschaulich, politisch und oft auch theologisch motiviert".

(105) Naumann, (Fn 104), S.34; jede Norm gewinnt auch ihre volle Bedeutung erst von dem sozialen Tatbestand her, auf den sie

und als Möglichkeit der Bekanntmachung die Mitwirkung der Adressaten beim Gesetzgebungsverfahren in Betracht zieht(107). Voraussetzung der Kenntnisnahme ist aber auch die Gestaltung der Gesetze in einer Weise, wie Krüger sagt, "daß sie mindestens für die interessierten Laien erkennbar sind. Es genügt nicht, daß die Gesetze nur von denjenigen erkannt und verstanden werden, die gesetzlich zum Vollzug der Rechtsordnung berufen sind"(108), und Gernhuber resümiert speziell für das Gesetz mit Erziehungswillen: "Recht mit Erziehungsauftrag bedarf anderer Stilmittel als weniger ambitioniertes Recht: es muß den Bürger erreichen, dessen Bewußtsein es zu formen versucht, es muß verständlich sein und einprägsam, es muß plakativ sein und frei von der Fülle des Details, es darf die Wiederholung nicht scheuen, nicht die Trivialität, zuweilen auch nicht das große Wort. Kurzum: es ist gezwungen, alle im Recht verwendbaren Mittel aufzugreifen, die einer institutionell nicht geordneten Erziehung überhaupt zu Gebote stehen"(109).

---

sich bezieht, vgl. Simitis, (Fn 12), S.19; auch Heusinger, (Fn 101), S.89 führt aus, die Anerkennung eines Gesetzes sei davon abhängig, daß der neue Rechtssatz seinen 'Rückhalt im allgemeinen Konsens' finde, es dürfe also nicht progressiven Wünschen entsprochen werden, die nur von einer Minderheit vertreten werden; ähnlich Müller-Freienfels, (Fn 1), S.48; auch Krautkrämer, Vorwort zu: Das Rechtswesen, S.8; auch schon Zitelmann, (Fn 18), S.10; Simitis, ZRP 71, 38 betont die Notwendigkeit der inneren Kohärenz und Überzeugungskraft der Rechtsordnung; ähnlich auch Ebert, Der vorzeitige Erbausgleich: Vorläufiges oder endgültiges Rechtsinstitut? 1971, S.30 f.; auch Krüger, (Fn 101), S.81; Schuyt-Ruys, Die Einstellung gegenüber sozialökonomischen Gesetzen, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S. 565

(106) Rehbinder, Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Probleme der Rechtspolitik, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.28; ähnlich Ryffel, (Fn 95), S.246

(107) Rehbinder, (Fn 106), S.41 ff. erinnert daran, daß das Volk bisher quasi vom Recht ferngehalten wurde, weswegen er zahlreiche Möglichkeiten nennt, wie man Recht vermitteln könnte; gerade die Mitwirkung der Adressaten strebt z.B. auch Krüger an, (Fn 101), S.80, 111, während Forsthoff, Recht und Sprache, 1971, S.8 überhaupt ablehnt, daß der Gesetzgeber, also das Gesetz einen Adressaten habe. Dölle, dagegen, Vom Stil der Rechtssprache, 1949, S.10 betont zurecht: "Im Wesen des Gesetzes liegt vielmehr, daß es jemanden anspricht"; allerdings steht Noll, (Fn 77), S.172 der Diskussion um den Adressaten kritisch gegenüber, weil sich der Adressatenkreis nicht einheitlich einheitlich bestimmen lasse. Auch Ryffel, (Fn 95), S.246 plädiert dafür, Gesetze kooperativ zu erlassen.

(108) Krüger, (Fn 101), S.111

Exkurs:
Ein solcher Erziehungsauftrag ist in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung im übrigen ganz grundsätzlich fraglich, denn im Grunde soll doch staatlicherseits gerade nicht manipuliert werden, sondern jedem Einzelnen soll individuelle Gestaltungsmöglichkeit sicher sein(110). Stellt der Staat aber fest, daß die Voraussetzungen dafür noch gar nicht vorhanden sind, müßte er also doch manipulieren wollen und auch dürfen.
Allerdings wurden mit Freiheitlichkeit und Manipulation nur die zwei Extreme benannt. Die Lösung des Konflikts ergibt sich, wenn man zwar die Freiheitlichkeit schafft und erhält, dann aber auf demokratischem Wege bewußtseinsbildend arbeitet. D.h., es muß in den Medien und allgemein im öffentlichen Leben eine Diskussion über das jeweils fragliche Thema angeregt und gefördert, die Thematik muß bewußt gemacht werden. Bewußtseinsbildung heißt nicht von vornherein Manipulation, weil sie neutral ablaufen kann in der Form, daß eine bestimmte Frage überhaupt erst problematisiert wird. Freiheitlichkeit ist dann insofern garantiert, als damit gar nicht festgelegt ist, welche Meinung der Einzelne dann sich bildet, sondern nur, d a ß er sich irgendwie entscheidet(111).
Ein solcher Willensbildungsprozeß muß also in die Wege geleitet werden, in den die gesetzlichen Regelungen einbezogen werden und deshalb in jeder Hinsicht zugänglich sein müssen.

bb) Was die Arbeit des Gesetzgebers an diesem Punkt so schwer und nahezu undurchführbar macht: alle Auswirkungen und Folgen müssen an sich schon vorher aufgespürt werden,und wie schon Zitelmann ausführte, reicht hier nicht die Kenntnis der äußeren tatsächlichen Bedingungen, sondern es müssen auch die psychi-

---

(109) Gernhuber, (Fn 66), S.24 f.; Müller-Freienfels,(Fn 1), S. 43 "Und gerade das Familienrecht kann die Durchsetzung seiner Normen nur sichern, wenn es die sonst übliche Argumentationsebene bewußt verläßt, um die Verschränkung mit der sittlichen Ordnung gezielt anzustreben."

(110) Zu den Bedenken gegenüber Manipulation: Lautmann,(Fn 71), S.204

(111) Eine Entscheidung über bestimmte Gestaltungsformen der Ehe kann von den Ehegatten schließlich nicht erwartet werden, wenn ihnen gar nicht bewußt ist, daß es in der Tat verschiedene Möglichkeiten gibt. Auch die Thematik Gleichberechtigung muß erst gründlich problematisiert werden.

schen Verhältnisse erforscht werden(112). Hinsichtlich der notwendigen Faktenanalyse liegt die größte Schwierigkeit in der Unsicherheit der Prognose, bei der der Gesetzgeber auch keine oder wenig Hilfe in anderen Wissenschaften hat(113).
Sofern hier aber z.B. durch Umfragen Hilfe geboten und beispielsweise versucht wird, Wirkungen auf das Handeln der Betroffenen vorherzubestimmen, kann die Gesetzgebung noch nicht einmal irgendwelche gesicherten Ergebnisse abwarten, sondern befindet sich in der Zwangslage, mit vorläufigen Wahrheiten und Annäherungsgewißheiten arbeiten zu müssen(114).
Noch andere Einzelfragen sind zu bedenken. So ist einmal auf den inneren Zusammenhang innerhalb des zu regelnden Rechtsgebietes zu achten(115) und ebenso auf dessen systematische Einordnung in die gesamte Rechtsordnung(116). Im übrigen muß der Gesetzgeber seinen Ideen in der Weise genügend Nachdruck verleihen, als er sie in Rechtsmaterien einführt, die den Bürger auch erreichen(117).

---

(112) Zitelmann, (Fn 18), S.10, wo er aber S.11 betont, daß jedes Gesetz ein "im Erfolge nicht sicher berechenbares Experiment"sei; Die ERK hatte das vorhandene soziologische Material ausgewertet, vgl. Vorschläge der ERK, S.83; auch Noll, (Fn 77), S.10, 88; um das Ziel der Sozialplanung exakt zu bestimmen, ist es unerläßlich, "nicht nur die gegebene, sondern auch die dynamische Entwicklung des Objekts, nicht nur das Objekt selbst, sondern auch die Gesamtheit der Tendenzen, die seine Entwicklung beeinflussen, allseitig zu untersuchen", vgl. Kerimov in: Staat und Recht, 18 (1969), S.637); ähnlich auch Ebert, (Fn 105), S. 30 f., der eine sinnvolle Entsprechung von Lebenssachverhalt und Rechtssetzung fordert; ähnlich Krüger, (Fn 101) S.81; Noll ebenda, S.96 moniert allerdings, daß heute mit ungesicherten Prognosen fahrlässig umgegangen werde, und zwar seien Unvollkommenheiten am meisten bei ideologisch belasteten Fragen zu beobachten.

(113) Noll, (Fn 77), S.95; Rasehorn, ZRP 78, 3 weist darauf hin, daß der Einfluß der Rechtssoziologen auf die Gesetzesarbeit gering erscheint; vgl. hier nochmals die Abhandlungen bei Rödig (Fn 79); hierzu auch Tenbruck, Zur Kritik der planenden Vernunft, 1972, S.25; zu den verschiedenen Phasen des Gesetzgebungsverfahrens vgl. Kloepfer (Fn 70), S.12 ff. und Krüger, (Fn 101), S.82 ff.

(114) vgl. Noll, (Fn 77), S.96 ; ähnlich Schnapp, JR 74, 317

(115) Simitis, ZRP 71, 38 bedauert, daß es dem Familienrecht bisher an sorgfältiger Abstimmung und Respekt vor den systematischen Zusammenhängen gefehlt habe.

(116) Hier zeigt sich auch, daß z.B. zur weiteren Verwirklichung der Gleichberechtigung eine Regelung ausschließlich auf dem Gebiet des Familienrechts nichtgenügt, sondern es müßten andere Regelungen in diese Reform einbezogen werden,

Es ist also, betrachtet man die Frage der Wirksamkeit von Gesetzen aus der Perspektive der Gesetzgebung "zwischen individualpsychologischen, sozialpsychologischen und staatsorganisatorischen Faktoren zu unterscheiden"(118).
So stellt Robert Walter 4 Einzelprinzipien für die Gesetzgebungstechnik auf, die sozusagen die Wirksamkeit von vornherein sicherstellen sollen: das ökonomische Prinzip, das Prinzip der Adäquanz, Verständlichkeit und Präzision des Ausdrucks, das Prinzip systematischer Ordnung und das Prinzip der Kundmachung(119), wobei die Kundmachung bei Erziehungsauftrag mit die größte Rolle spielt, hinsichtlich deren Mittel eingesetzt werden müssen, die so unmittelbar mit der Rechtsordnung selbst gar nichts zu tun haben.

bc) Somit scheint zunächst der Gedanke der Mitwirkung der Adressaten schon im Gesetzgebungsverfahren in der Tat logisch, ein Gedanke, dem sich ja auch der Gesetzgeber des 1.EheRG nicht verschlossen und eine Diskussion angeregt hat(120).
Dieses Vorgehen bringt aber auch Gefahren mit sich. So einmal, daß vom ursprünglichen Plan des Gesetzgebers nicht allzuviel übrigbleibt(121), gerade wenn man den Schwerpunkt auf die erzieherische Funktion des Gesetzes legt.

---

die z.B. auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der familienrechtlichen Regelungen schaffen helfen.

(117) Wie weiter oben schon erwähnt, ist es wenig sinnvoll,Gleichberechtigung im Bereich der allg.Ehewirkungen speziell zu regeln, der die wenigsten Bürger je direkt berührt.

(118) Noll, (Fn 77), S.149; ders. Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen, in: jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.265; er stellt dort S.261 und (Fn 77), S.156 einen Kriterienkatalog zusammen, wonach man untersuchen kann, wie wirksam eine Norm ist, während Luhmann, (Fn 86),S.41 sich grundsätzlich kritisch zur Möglichkeit des Messens der Wirksamkeit von Normen äußert.

(119) Walter, Österreichische Juristenzeitung 1963,S.85 - 90; ähnlich Krüger, (Fn 101), S.82 ff.

(120) Interessenvertretungen und Gruppierungen unterschiedlichster Art spielen heute im Gesetzgebungsverfahren schon eine entscheidende Rolle, was für eine bestimmte Zielrichtung, einen bestimmten Plan des Gesetzgebers auch bedenklich sein kann; zu dem großen Einfluß z.B.Wacke, FamRZ 77, 516; Kloepfer, (Fn 70), S.12 f.; Nell-Breuning, Katholische Kirche und zivile Ehescheidung, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.43 f.; Noll, (Fn 77), S.56 führt aus, es gehe darum, das Parlament vor unzulässigen, nur mit wirtschaftlicher Macht begründeten Einflüssen freizuhalten oder wenigstens diese Einflüsse (Lobbies) offenzulegen u.

Und außerdem weist Noll noch auf eine Gefahr hin, die darin besteht, "daß die Interessen, die es gegeneinander abzuwägen gilt, nicht richtig erkannt und so auch nicht in ihrem wirklichen Gewicht eingeschätzt werden, weil sie verschleiert werden, sei es durch vorgeschobene Ideologien, sei es auch ganz einfach durch Täuschungen"(122). Das heißt also: einerseits müßten Interessenvertretungen mitarbeiten, andererseits besteht die Gefahr, daß der Gesetzgeber durch sie betrogen, abgelenkt, auf falsche Pfade gelenkt und somit von seinem eigentlichen Erziehungsziel abgebracht wird, so er im speziellen Fall eines hat, wobei erschwerend hinzukommt, daß der Gesetzgeber selbst durch solche Interessenvertretungen gebildet wird, sich aus politischen Gremien zusammensetzt(123), deren Mitglieder zwar die Interessen ihrer Wähler vertreten sollen,aber auch durch die Parteilinie sowie Partikularinteressen beeinflußt sind(124), wobei z.B. wirtschaftliche Interessen der Gleichberechtigung gerade entgegenstehen.

Nicht zuletzt muß sich der Gesetzgeber hier auch mit der ständigen Rechtsprechung zu dem fraglichen Komplex auseinandersetzen(124 a), denn auch auf diese ist er im Grunde hinsichtlich der Wirksamkeit seines Werks angewiesen, zumal da sie bestimmte Absichten des Gesetzgebers durchaus vereiteln kann.

---

dann sozialen Randgruppen das rechtliche Gehör des Gesetzgebers zu sichern. Ähnlich Scheuner, DÖV 60, 602, der befürchtet, der Bürger könne in einem Gesetz eine Art Abkommen zwischen mächtigen Gruppen sehen, S.605; vgl. zur Manipulation im Gesetzgebungsverfahren auch Wolf, JZ 67, 659, Fn 4

(121) Für das Ehe- und Familienrecht ist ja ohnehin eine besondere Konstellation dadurch gegeben, daß fast jeder Bürger diesbezüglich Adressat ist und eine Norm ja unmöglich auf alle Bürger abgestimmt werden kann.

(122) Noll, (Fn 77), S.141

(123) Scheuner, DÖV 60, 604 erwähnt, daß die meisten Gesetzentwürfe von der Bundesregierung ausgehen.

(124) Noll, (Fn 77), S.46: "Der Gesetzgeber ist heute ein pluriformes und heterogenes Gebilde", Krüger, (Fn 101), S.13; jede Interessengruppe - als solche kann man ja wohl auch die Rechtswissenschaft ansehen - empfindet ihren Einfluß als zu gering, vgl. für die Rechtswissenschaft Bosch, FamRZ 76, 403; a.A. Luhmann, Öffentl.-rechtl.Entschädigung,rechtspolitisch betrachtet, 1965, S.200, der erkennt, daß das Gesetzgebungsverfahren ohne dogmatische Spezialisten gar nicht mehr durchführbar ist.

(124a)Luhmann, (Fn 124), S. 191 führt aus: "Die Verlagerung des Machtproblems aus der Durchführung von Entscheidungen in

bd) Die besondere Schwierigkeit,solch unterschiedliche Fakten , Wertungen, Interessen aufeinander abzustimmen, ergibt sich insbesondere aus dem Meinungspluralismus in unserer Gesellschaft, wo kaum bestimmte Werte und Überzeugungen als einigermaßen allgemeingültig angesehen werden können(125), was dann noch problematischer wird, wenn einige der "Interessenten" sich bei der Verfechtung "ihrer" Werte auf die Verfassung direkt berufen.
So betont Giesen, daß Gesetze die Wertentscheidungen des Grundgesetzes zum Ausdruck bringen müßten(126), subsumiert aber letztendlich seine eigenen Wertentscheidungen in bezug auf Ehe und Familie unter Art.6 I.
Die Möglichkeit, so zu verfahren, steht aber auch dem Gesetzgeber offen, zumal da traditionell die Auffassung besteht, das Gesetz selbst sei gerade die authentische Interpretation der Verfassung(127). Der Gesetzgeber muß ja in der Einzelausgestaltung der durch die Verfassung geschützten Institutionen frei sein, sodaß er gerade für den Fall der Ehe als "Wert" der Verfassung eben diesen Schutz zwar übernehmen muß, nicht aber zwingend eine Gestaltungsvorstellung, deren es im Rahmen der Verfassung ja unzählige gibt. Das Grundgesetz selbst zwingt ja den Gesetzgeber per Verfassungsauftrag zur Verhaltenssteuerung(128), und die verfassungstragenden Werte müssen ja erst in einer bestimmten Weise aufgedeckt und irgendwie vermittelt werden, eine bestimmte Wertung muß zu einer allgemein anerkannten erst gemacht werden(129).

---

ihre Vorbereitung, der allgemeine Konsensbedarf, der sich infolgedessen einstellt.und ein verbreitetes Interesse an Positionen nährt, von denen aus man andere zu erklärtem Konsens zwingen kann, machen das politische Gewicht verständlich, das die Wissenschaften ... und die Rechtsprechung... in der Bundesrepublik erlangt haben..."

(125) Scheuner, DÖV 60, 604; Dichgans, (Fn 72), S.27; was Naumann, (Fn 104), S.33 zu der Frage Savigny's führt, ob denn unsere Zeit überhaupt zu Gesetzgebung u.Rechtsreform berufen sei (wegen der Unsicherheit in der Anerkennung bestimmter Wertnormen; vgl. auch Nell-Breuning, (Fn 120), S. 44; Müller-Freienfels, (Fn 1), S.71 will den Problemen des Pluralismus im Ehereeht durch besondere Kontinuität und Konservierung überkommener Werte abhelfen, allerdings auch nicht kompromißlos.

(126) Giesen, FamRZ 77, 600

(127) vgl. bei Denninger, JZ 66, 769

(128) bei Denninger,JZ 66, 769; die Verfassung selbst ist ja eine " die Gesellschaft lenkende, prägende und gestaltende Grundordnung", Assmann, (Fn 92), S.19

Noll führt nun aus: "Auch kann der Gerechtigkeitsvorteil einer neuen Lösung so eindeutig sein, z.B. bei ... der Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, daß die Prognose über den weiteren Verlauf der Entwicklung gegenüber der den Entscheid begründenden Wertung vollständig zurücksteht"(130). Also wird in solchen Fällen die Entscheidung des Gesetzgebers die unmittelbare Wirksamkeit zurückstellen und vorziehen, das Recht, also das geschriebene Gesetz, das normierte Gesetz wenigstens im Sinne der Verfassung zu gestalten. Dann aber wird auch die fragliche Reform unumgänglich, so im Fall des 1.EheRG(131).

be) Postuliert man aber einen derartigen "Vorrang" der Gesetzgebung an sich, die sich auch auf Formen und Ausführungen einlassen kann, deren Anerkennung durch die Adressaten nicht wahrscheinlich, geschweige denn gesichert erscheint, so wird man als Korrelat fordern müssen, daß die gesetzgeberische, die parlamentarische Tätigkeit nicht mit Erlaß des Gesetzes enden darf, sondern eine Art "Erfolgskontrolle" betrieben wird, d.h. einfach eine ständige Überprüfung der Auswirkungen des fraglichen Gesetzes, seiner Anwendung durch die Gerichte, seiner statistischen Folgen etc.(132), wobei klar ist, daß - unter anderem wegen der mangelnden Erfahrungen auf diesem Gebiet - die Schwierigkeiten einer effektiven Erfolgskontrolle noch sehr groß sind: "es ist zu erkennen, daß sich die Wirkungsweise des Rechts zunächst in dergestalt engen Grenzen vollzieht und daß die Frage nach darüber hinausreichenden Folgen Abstraktionen notwendig werden läßt, welche die Sicherheit der Aussage im selben Grad mindern, in dem ihre Allgemeinheit zunimmt"(133).

---

(129) "Die Chance eines Werturteils, allgemein anerkannt zu werden, wächst mit der Allgemeinheit des geschützten Interesses, der Gleichheit des gewährten Schutzes und der Tauglichkeit der eingesetzten Mittel", Noll, Ideologie und Gesetzgebung in: Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht 1968, S.66

(130) Noll, (Fn 77), S.121

(131) Der Satz "Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen", Lange, FamRZ 71, 486, paßt dann nicht, ebensowenig Boschs grundsätzliche Bedenken gegen zuviel Reform "Dauerreform", Bosch, FamRZ 76, 408; ähnlich Luhmann, (Fn 86), S.34

(132) "Eine effektive Erfolgskontrolle der Gesetzgebung, die zu brauchbaren rechtspolitischen Vorstellungen käme und dem Gesetzgeber zuarbeiten würde, könnte hier auch ein Schritt zu Verbesserung nicht nur der Gesetzgebung selbst, sondern auch des Gesetzgebungsverfahrens sein," Schröder, Zur Er-

Langfristig aber könnten auf diese Weise vielleicht typische Fehler des Gesetzgebungsverfahrens ausgemerzt, es könnten auch besser die Folgen einer sog. "Überdosierung" beobachtet werden, worunter ein "Über das Ziel Hinausschießen" des Gesetzgebers zu verstehen ist, also eine Übernormierung aufgrund vorher einkalkulierter abgeschwächter Wirkung des Gesetzes(134). Den Gedanken der 'Überdosierung' könnte man ja auch auf das Problem der Gleichberechtigung im Rahmen des 1.EheRG übertragen, das "über das Ziel hinausschießt", indem es den gesellschaftlichen Verhältnissen vorgreift. Schon allein wegen des gesetzgeberischen Aufwandes, der nicht gerechtfertigt wäre, wenn sich von dem , was geplant war, nichts durchsetzen könnte, müßte hier nicht nur hypothetisch wie in der vorliegenden Arbeit, sondern langfristig in der Realität überprüft werden, ob und was sich durch den Erlaß des Gesetzes verändert hat,und ob das Gesetz zu diesem Zweck inhaltlich und formal optimal gestaltet war.

bf) Hierzu müssen nicht nur die Funktionen von Recht und Gesetz geklärt sein, sondern auch einfach, was Recht, was Gesetz ist.
Thomas v.Aquin definiert noch die lex als "dem Gemeinwohl dienende Ordnung der Vernunft, die von dem, der eine Gemeinschaft zu leiten hat, verkündet wird"(135).
"Das rechtsstaatliche Gesetz wird also begriffen als allgemeingültige, auf Dauer angelegte, für eine unabsehbare Vielzahl von Anwendungsfällen berechnete Norm, als ein Schutzzaun für Freiheit und Eigentum, jenseits dessen die Verwaltung weiten Spielraum zu freier Entfaltung behält"(136). Im Grunde bestimmt dann das einzelne Gesetz (gemeinsam mit der Vielzahl von anderen Einzelgesetzen), was "Recht" ist, was die enge Bindung der Gerichte an die Gesetze zum Ausdruck bringt, wenn sie "Recht sprechen" wollen, wobei "Recht" von Jhering definiert wird als "Sicherung

---

folgskontrolle der Gesetzgebung, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.275, ähnlich S.287 f.; vgl. auch Ott, (Fn 80), S.352

(133) Raiser, (Fn 67), S. 412

(134) vgl. bei Krüger, (Fn 101), S.81

(135) Summa Theologica I^a q. 90 a 4 co, zit. nach Mayer-Maly, (Fn 37), S.56, während dieser selbst ebenda ausführt, daß seither die Gemeinwohldienlichkeit als ein inhaltliches Merkmal stark zurückgetreten ist.

(136) Denninger, in: Wiethölter, Rechtswissenschaft, S.349;Scheuner, DÖV 60, 603 stellt auf den formalen Gesetzesbegriff des heutigen Verfassungsrechts ab.

der Lebensbedingungen der Gesellschaft"(137).

Nach Rehbinder hat Recht folgende gesellschaftlichen Funktionen:

Es dient - der Bereinigung sozialer Konflikte (Reaktionsfunktion)
- der Verhaltenssteuerung (Ordnungsfunktion)
- der Legitimierung und Organisation sozialer Herrschaft (Verfassungsfunktion)
- der Gestaltung der Lebensbedingungen (Planungsfunktion)
- und der Rechtspflege (Überwachungsfunktion)(138).

Bei den vielen Funktionen, die dem Gesetz zugeschrieben werden und bei den arbeitstechnischen Problemen grundsätzlicher Art stellt sich die Frage, ob überhaupt noch Gesetzgebung möglich, machbar, wünschenswert ist -gerade im Hinblick auf Lenkung -, oder "ob wir nicht Grenzen dessen erreichen, was überhaupt sinnvoll normierbar ist, und ob die heute wichtigen Gesellschaftsstrukturen nicht zunehmend in diesem Bereich des rechtlich Unnormierbaren liegen"(139).

Legt man z.B. die von Rehbinder angegebenen Funktionen des Rechts dem 1.EheRG zugrunde, so ergibt sich aus den obigen Ausführungen, daß es sämtliche Funktionen schlecht erfüllt, was trotz der gesetzgeberischen Einzelschwierigkeiten erneut indiziert, daß das 1.EheRG im Hinblick auf die weitere Verwirklichung der Gleichberechtigung Alibifunktion gehabt haben könnte(140).

---

(137) Jhering, Der Zweck im Recht, Bd.I, S.434; ähnlich Mikat, (Fn 18), S.20, auch ähnlich Ott, (Fn 80), S.352; Wolfgang Müller, NJW 78, 2273 nennt "Recht" im wohlverstandenen Sinne "eine sich aus sich selbst heraus legitimierende Ordnung von Lebensverhältnissen" und hat von daher Bedenken, der Versorgungsausgleich werde so nicht in das Bewußtsein der Bevölkerung eingehen. Maihofer, (Fn 62), S. 37 hebt mehr den Herrschaftscharakter des Rechts hervor. Max Weber, Rechtssoziologie, Vorwort der Herausgeber,S.20 bezeichnet Recht schlicht als "soziale Wirklichkeit", als "Erfahrungstatsache" und hebt wiederum den Zusammenhang von Recht und Konvention als Ursache und Wirkung hervor.

(138) Rehbinder,(Fn 106), S.34, und nach seiner Ansicht sind Verhaltenssteuerung und Erwartungssicherung der Rechtsunterworfenen zu verwirklichen. Nach Schelsky, JZ 74, 411 wird Recht immer mehr 'umfunktioniert' zu einem bloßen Organisationsprinzip der Gestaltung und Kontrolle komplizierter sozialer Verhältnisse und Entwicklungen.

(139) Luhmann, (Fn 86), S.40; ähnlich Naumann, (Fn 104), S.33

(140) "Sozial unwirksame Gesetze, die ihren Zweck verfehlen, weil schon der Gesetzgeber selbst, meist aufgrund von politischen Motivationen, nur vorgibt, den Gesetzeszweck erreichen zu wollen, oder ihn nur widerwillig verfolgt, sind auch in der gesetzgeberischen Alltagspraxis häufig", Noll, (Fn 77), S.158, während Scheffler,

c) Doch selbst, wenn man dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht nochmals Gutwilligkeit unterstellt, ihm glaubt, daß er dieses Gesetz als einen geeigneten Schritt, ansah, die Gleichberechtigung weiterzuverwirklichen, so erscheint dasselbe auch noch unter einem anderen Aspekt fraglich: Widerspricht nicht ein Gesetz, das an den gesellschaftlichen Realitäten vorbeigeht, Prinzipien wie Rechtssicherheit oder aber Einzelfallgerechtigkeit? Um diesen Preis wäre eine Reform in keinem Fall gutzuheißen, insbesondere wenn ihr offiziell angestrebtes Teilziel Gleichberechtigung ohnehin kaum erreicht werden kann.
Unter dem Aspekt der Einzelfallgerechtigkeit sind wohl eher Regelungen zu fordern, die dem Richter viel Ermessensspielraum gewähren, damit er die Norm möglichst elastisch auf die jeweilige Problematik anwenden kann, während der Grundsatz der Rechtssicherheit primär verlangt, daß bestimmte Entscheidungen weitgehend vorhersehbar sind, es muß in etwa sicher sein, was den Rechtsuchenden erwartet, wenn er sich an die Gerichte wendet, sein Prozeßrisiko muß einschätzbar und vorhersehbar sein, d.h. also, daß bei einer bestimmten Fallkonstellation das Gesetz auch weitgehend übereinstimmende Lösungen anbieten muß.
Da das 1.EheRG so viele General-, Billigkeits- und Härteklauseln enthält, scheint die Möglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit somit gesichert. Aber gebührt dieser überhaupt der Vorrang?
Es scheint doch vielmehr wichtig zu sein, beim Anstreben von Veränderungen eine gewisse Gleichmäßigkeit der Entscheidungen zu gewährleisten. Kontinuität wird nie erreicht werden, wenn die Gerichte von bestimmten Grundsätzen immer wieder unterschiedlich abweichen.
Die Konfliktfälle aber, auf die das Gesetz trifft, werden durch die Gesellschaft gestaltet, was notwendigerweise impliziert, daß Normen, die die Veränderung der Gesellschaft bereits voraussetzen, für die fraglichen Konflikte keine Lösung anbieten. Im Grunde prallt hier der Kontrast zwischen den Funktionen des Gesetzes

---

(Fn 85), S.32 klarmacht, daß es sich bei den Gesetzen, die die Gleichberechtigung weiterverwirklichen wollen, um Gesetze des guten Willens handelt; vgl. auch Arndt, Das Bild des Richters, 1957, S.14: "Welche demokratische Partei es in unserem Kulturkreis auch sei, ich glaube nicht, daß man ihr rechtliche Gesinnung und das Überzeugtsein von der Notwendigkeit rechtsstaatlicher Gestaltung absprechen dürfte".

ganz kraß aufeinander: "Konflikte in einer Gesellschaft zu bewältigen, ist die wesentlich konservative Leistung jeder Rechtsprechung"(141).

Verhaltenssteuerung in Richtung auf Neues hin und Konfliktlösung scheinen sich also schon grundsätzlich auszuschließen. Allerdings sieht Luhmann hier gerade den Ansatz für die Lenkungsmöglichkeit: das Recht setze einen sozialen Lernprozeß in Gang, welcher es ermögliche, die am Ende des Verfahrens ergehende Entscheidung trotz ihren ursprünglichen Widerstandes zu akzeptieren, ein sozialer Lernprozeß, der auf einer generalisierten Bereitschaft zur Anerkennung verbindlicher Entscheidungen wurzele(142).

Ein solcher Lernprozeß wäre aber wiederum kontinuierlich nur möglich bei weitgehender Rechtssicherheit, denn wenn die Entscheidungen je unterschiedlich sind, wird auch nichts erlernt. Grenzt man also hier Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit ab, so muß deshalb der letzteren der Vorrang gebühren. Die Fassung des Gesetzes aber, die in allen entscheidungsfähigen Bereichen durch General- und Billigkeitsklauseln so weitgehenden Ermessensspielraum gewährt und so höchst unterschiedliche Entscheidungen vorprogrammiert, scheint die Rechtssicherheit nicht zu gewährleisten.

Nun meint aber Schmid im Anschluß an den bekannten amerikanischen Richter Oliver Wendell Holmes, daß es eine Rechtssicherheit im Sinne von Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit der Entscheidung gar nicht gibt. Diese sei eine Täuschung, 'a delusive assurance', eine vorgetäuschte Sicherheit(143). "Ja, man muß sogar einen Schritt weitergehen und sagen, daß eben jene Rechtssicherheit,

---

(141) Mayer-Maly, (Fn 37), S.96; König/Kaupen, Ideologie und Recht, in: Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 151 sprechen von 'Institutionalisierung der Konfliktlösungen'."Diese Konflikte haben nur sehr selten rein individuelle Ursachen. Meistens manifestiert sich am Widerspruch der Rechtsbehauptungen zweier Prozeßgegner nicht nur deren individueller Konflikt, sondern auch eine Störung des sozialen Gleichgewichts ... Was die Rechtsprechung in ihnen tut, hat dennoch eine eminent politische Bedeutung: Durch Regulierung der Konfliktsituation trägt sie zum Fortbestand der bisher anerkannten Ordnung bei", Mayer-Maly, ebenda.

(142) Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969, S.34

(143) Bei Schmid, (Fn 75), S.150; sobald wichtige, vitale materielle Fragen selbständig u.unabhängig zu entscheiden sind, versagen diese Hilfen; u.dies umso mehr, als Generalklauseln, Grundrechte, Allgemeinbegriffe etc. so ziemlich alle

die wir uns und anderen vortäuschen, das Wenige an möglicher und erreichbarer Sicherheit beeinträchtigt, das wir aus der Erkenntnis der wahren subjektiven Bedingtheit der Rechtsfindung gewinnen können"(144).

Hier werden also die Richter in gewisser Weise verdächtigt, uns Rechtssicherheit in jedem Fall nur vorzugaukeln. Aber selbst, wenn man sich Schmids Denkweise anschließen würde, so wäre dies doch nicht Grund genug, schon von Gesetzes wegen auf Rechtssicherheit zu verzichten, sondern gerade dort müssen die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, wenigstens das zu erreichen, was diesbezüglich erreichbar ist.

Wenn bisher als Ergebnis festgehalten werden kann, daß Verhaltenssteuerung i.S. von "Bewußtseinslenkung", so weit sie überhaupt möglich ist, sich aus der Konfliktlösung ergeben kann, soweit Rechtssicherheit im Hinblick auf das "Lernziel" Gleichberechtigung gewährleistet erscheint, so wird die Bedeutung der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang deutlich.

3.) Funktion und Einfluß der Rechtsprechung

Es ergibt sich also die Frage, ob die Rechtsprechung das neue Gesetz so anwenden kann und wird, daß doch ein Beitrag zur Gleichberechtigung erzielt wird; wie also ist es um die Aussichten für die Gleichberechtigung bei der Anwendung des 1.EheRG bestellt? Hierzu muß zunächst grundsätzlich auf die Funktion der Rechtsprechung eingegangen werden, ihre Aufgaben, Methoden und Möglichkeiten.

a) Zur Funktion der Rechtsprechung wird definiert, Richten sei Rechtsanwendung zur Entscheidung eines Rechtsstreits, oder die Staatstätigkeit, die den Rechten Rechtskraft verleiht, Ableiten des Urteils aus der Norm(145), nach dem Wortlaut ist es ihre Funktion, "Recht zu sprechen".

Woher aber nimmt sie dieses Recht? Bekommt sie es vorgesetzt, vorgeschrieben, oder gestaltet sie es selbst, oder tut sie dies

---

Rechtsgebiete durchziehen und Positivismus als Irrtum diskreditiert ist.

(144) Schmid, (Fn 75), S.150 f.

(145) Zum Ganzen Arndt, (Fn 140), S. 7 f.

teilweise?

Zunächst scheinen die Richter ihre Entscheidungsgrundlagen unmittelbar aus den Gesetzen zu entnehmen. Andererseits aber arbeitet z.B. der Bundesgerichtshof mit einer "außerrechtlichen Wertordnung", den "Normen des Sittengesetzes", "die gelten, 'unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht' "[147].

Birke zeigt die Problematik deutlich: "Die richterliche Rechtsanwendung gehört zu den umstrittensten Problemen der Jurisprudenz. Schon die Bezeichnung der Tätigkeit des Richters schwankt: zum Beispiel spricht Germann von Rechtsfindung, Kriele von Rechtsgewinnung, und vielfach wird dem Richter auch eine rechtsschöpfende Funktion zugesprochen. Subsumtion oder Dezision, bouche de la loi oder selbständig wertender Richterkönig, zwischen diesen beiden Extrempositionen gibt es eine große Zahl vermittelnder Auffassungen"[148].

Dies ist deshalb so bedeutsam, da die richterlichen Entscheidungen starke tatsächliche Wirksamkeit erlangen, die über den entschiedenen Einzelfall hinausgeht und Geltung auch für die Beurteilung anderer Tatbestände hat[149].

Die Notwendigkeit für den Richter, über die bloße Anwendung der Gesetze hinaus tätig zu werden, ergibt sich z.B. aus dem schnellen Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse, dem der Gesetzgeber gar nicht nachkommen kann, sodaß die Richter oft darauf angewiesen sind, veraltete Normen an neue Umstände anzupassen, sie diesen entsprechend anzuwenden[150].

---

(147) Beim Reichsgericht gehörten auch 'Natur der Sache', 'herrschende Wertvorstellungen', 'allgemeines Rechtsempfinden' etc. zur 'objektiven Rechtsordnung', vgl. z.B. RGSt 70,244; Wiethölter, (Fn 11), S.73; ähnlich Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, 1954, S.34; Zweigert, 51.DJT, S. K 4: "Gesetzgebung und rechtsfortbildende Rechtsprechung sind heute beide Rechtserzeugende Faktoren', S. K 5: Art.20 III spricht ja auch von Recht und Gesetz.

(148) Birke, Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen, 1968, S.7; Zöllner, Recht und Politik, in: FS Tübingen, S.149 schließt die endgültige Beantwortung solcher Fragen wegen ihres philosophischen Charakters aus.

(149) Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S.39; ähnlich H.-P.Schneider, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, S.27; nach Max Weber, Rechtssoziologie, S.215 hat dadurch der Richter Einfluß darauf, was als Recht überlebt.

(150) hierzu ausführlich Schneider, DRiZ 75, 266; vgl. auch Ra-

Wie weit hier aber die Möglichkeiten, die Befugnisse oder Pflichten der Richter gehen, wird sowohl in der Literatur, als auch in der Richterschaft selbst völlig unterschiedlich eingeschätzt(151). Ein gewisses Quantum an Richterrecht hat sich jedoch schon so fest eingebürgert, daß dieses sogar als Rechtsquelle bezeichnet wird, dennoch muß diese Tatsache nicht für richtig oder positiv gehalten werden(152). Zwar verstärkt Esser den Rechtsquellencharakter nochmals, wenn er ausführt: "Die Kommentare erst zeigen die Wahrheit: Daß hier die Norm nicht interpretativ aus dem Prinzip gefunden, sondern durch judizielle Synthese geschaffen wird. Erst die Kasuistik teilt uns mit, was Rechtens ist"(153), dagegen aber spricht, daß das sog. Richterrecht nicht nur Recht des Richters i.V.m. dem Gesetz ist, sondern die Rechtslehre spielt in diesem Rahmen eine nicht zu unterschätzende Rolle.

So wünscht sich Less, der die Rechtsschöpfungsfreiheit des Richters so verstärken will, den Kontakt zwischen Rechtsprechung und Rechtslehre quasi als Korrektiv: "Die wissenschaftliche Kritik wäre zum Gegengewicht gegen die rechtsschöpferischen Freiheiten des Richters zu machen ..."(154), und in der Tat pflegen sich die Richter in ihrer Entscheidungsbegründung auf Äußerungen in der Lehre zu beziehen.

---

sehorn, Was formt den Richter? in: Böhme (Hrsg.) Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung, 1968, S.19; vgl. Zweigert, 51.DJT, S. K 8 f.; Just-Dahlmann, Von den Schwierigkeiten zwischen dem Gesetzgeber und den Richtern, in: Wassermann (Hrsg.), Justizreform, 1970, S.153; "Je älter ein Gesetzbuch, desto mehr entfernt sich der Richter allgemein vom Bilde eines Entscheidungsautomaten ... Und das Gesetz trägt nicht viel mehr bei als große Grundlinien", Zweigert, JZ 53, 248; die Legislative ist nämlich wegen der Differenzierung und Dynamik des Lebens auch bei noch so fleißigen Ministerialbeamten überfordert, vgl. Less,(Fn 147), S. 9, 97, 98

(151) so lehnen nach Less, (Fn 147), S.100 die Richter selbst das Richterrecht ab; ähnlich Heusinger, (Fn 101), S.69; während nach Luhmann (Fn 124), S.194 f. die Obergerichte die Rechtsentwicklung immer stärker zu beeinflussen suchen, u. zwar mit Hilfe von "Grundsatzentscheidungen" und leicht faßbaren Leitsätzen, eine Haltung, vor der H.-P.Schneider (Fn 149), S.32 f. warnt, die andererseits wieder von Less ebenda entschieden gefordert wird;vgl.auch Dölle, JZ 53,354

(152) so aber Kruse, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971, S.20; Mayer-Maly (Fn 37), S.97 weist mit Recht darauf hin, daß man mit Anerkennung des Richterrechts als Rechtsquelle auch ein Recht der Justiz behauptet, Richterrecht auszubilden; nach h.M. ist das Richterrecht aber keine Rechtsquelle, vgl.Nachweise bei Kruse,

In der momentanen Situation wird man von einem Zusammenspiel von Gesetzgeber, Rechtsprechung und Lehre ausgehen müssen, was die Rechtssetzung, also die Bestimmung dessen anlangt, was Recht ist(155).

aa) Danach wird aber fraglich, "ob die formulierten Rechtsziele in der Rechtsanwendung realisiert werden oder auf erkennbare Hindernisse stoßen"(156). Diese Fragestellung ist ja gerade im vorliegenden Fall für die Verwirklichung der Gleichberechtigung von Bedeutung, weil ja schon mehrfach anklang, daß durch Erlaß des Gesetzes allein hierfür ein nur ganz geringer Beitrag gegeben ist. So erkennt auch Kulcsár, "daß die Wirksamkeit der Rechtsregel als Mittel zur gesellschaftlichen Änderung bedeutend durch die Tatsache beeinflußt wird, wie die Eigenschaften des Gerichts als Organisation im Wege der gerichtlichen Entscheidungen auf den Prozeß der Durchsetzung der Rechtsnorm wirken ..."(157).

S. 3; Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S.85 hält es aber für notwendig, vor dem Verzicht auf die Rechtsquellenlehre rechtsvergleichend festzustellen, "welche Art von Bindung dem Wesen jurisprudentieller Rechtsbildung nun einmal zugehört". vgl. zu dem Problem auch Gernhuber, (Fn 66), S.86 u. H.-P. Schneider, (Fn 149), S.27

(153) Esser, (Fn 152), S.151; auch Noll, (Fn 77), S.48 formuliert "Alle Gesetze sind immer nur Rahmengesetze, die erst im Zuge ihrer häufigen Anwendung allmählich kasuistisch aufgefüllt werden", vgl. auch Gernhuber, (Fn 66), S.77

(154) Less, (Fn 147), S.107; Kropholler, Gleichberechtigung durch Richterrecht, 1975, S.76 beschreibt die Zusammenarbeit von Lehre und Rspr. für die "rechtlose" Zeit bis zum Inkrafttreten des GlBerG als sehr fruchtbar; ähnlich auch Esser, JZ 53, 522; Arndt, (Fn 140), S.13 wiederum sieht den Richter als Korrektiv der Gesetzgebung, und Rasehorn, ZRP 78,3 sieht eine Emanzipation der Richter von der Rechtslehre, ähnlich Huhn, (Fn 17), S.37; zu dem Zusammenspiel auch Zöllner, (Fn 148), S.133

(155) ähnlich Luhmann, (Fn 124), S.191; Müller-Freienfels, (Fn 1) S.237 betont gerade für den Bereich des Ehe- und Familienrechts, daß der Gesetzgeber auf die ständige intensive Mitwirkung des Richters angewiesen sei; auch Zweigert, 51.DJT, S. K 11 betont, der Richter sei eine politische Figur geworden, fordert aber Distanz vom rein Partei-Politischen, so auch Zöllner, (Fn 148), S.157

(156) Kühn, ZRP 75, 164, die diese Frage zwar nur direkt für das Scheidungsrecht stellt, wobei es sich aber um ein grundlegendes Problem handelt, vgl. die Beispiele bei H.-P. Schneider, (Fn 149), S.18/19, die diese Bedenken naheliegend erscheinen lassen.

(157) Kulcsár, (Fn 88), S.494

Sollte hier eine Verpflichtung zu eigenem schöpferischen Tun des Richters zu sehen sein, könnte das gesetzgeberische Ziel gefährdet werden. Fordert man aber, der Richter sei auf die politischen Grundentscheidungen des Gesetzgebers verpflichtet[158], so scheint dieses realisierbar zu sein.
Das Problem der Rechtsfortbildung dürfte sich im Grunde nur dann überhaupt stellen, wenn eine bestimmte rechtliche Regelung überholt ist[158 a], von niemandem mehr anerkannt und gelebt wird und somit nicht mehr im Stande ist, überhaupt noch etwas zu regeln. Eine kritische Bewertung der richterlichen Kompetenz ist zwar dennoch nötig, denn hier hätte an sich der Gesetzgeber tätig zu werden, aber die richterliche Überbrückung der Zeit bis dahin ist wohl zu akzeptieren. Ist aber zu befürchten, die Gerichte könnten der jetzt getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung nicht folgen und quasi eine Rechtsfortbildung nach rückwärts praktizieren, so ist diese entschieden abzulehnen. Und diese Gefahr besteht für das 1.EheRG.
Angedeutet wird sie durch folgende Einschätzung gerade für das Ehescheidungsrecht: "An der Nahtstelle zwischen gelebter Wirklichkeit und gesetzlicher Forderung gestaltet der Richter den notwendigen Kompromiß, den das Gesetz kaum je enthält"[159].
Ideal formuliert zwar Mayer-Maly: "Rechtsprechung aktualisiert die Normen, die in einer organisierten Gesellschaft gelten. Sie macht vom Staat gesetztes zu im Staat gelebtem Recht. Sie dringt auf normgemäße Gestaltung der Lebensverhältnisse und auf Verwirklichung der Wertmaßstäbe und Zielsetzungen, die in den Verfahren der gesellschaftlichen Willensbildung ermittelt wurden"[160], aber letztere sind ein unzuverlässiger Maßstab, da in unserer Demokratie die politischen Mehrheiten relativ häufig wechseln, sodaß "weltanschauliche Widersprüche in unserer Rechtsordnung geradezu 'verfassungsmäßig' angelegt" sind[161].

---

(158) so Fischer, (Fn 149), S.32 f.; auch Friesenhahn,DRiZ 69, 172; im Grunde weicht Zweigert,, 51.DJT, S. K 14 davon auch nur bei veralteten Gesetzen oder gesetzgeberischen "Fehlleistungen" ab.(letzteres bereits wieder gefährlich).

(159) MünchKomm-Wolf vor § 1565 RdNr.3

(158a)So führt Larenz, Methodenlehre, 3.Aufl., 1975, S.226 aus, "... Das Gesetz gilt zwar 'für alle Zeit', aber jeweils so, wie es diese Zeit nach ihrem eigenen Rechtsbewußtsein versteht und fortbildet".

(160) Mayer-Maly, (Fn 37), und ders. DRiZ 71, 325; ähnlich Esser, (Fn 152), S.3; Larenz, (Fn 156 a), S.226; auch Müller-

Daß dies für die Rechtsprechung in der Tat ein Problem darstellt, ergibt sich schon daraus, daß nach Schelsky dem Wirklichkeitsbewußtsein der Juristen die Realitätsinformierung fehlt, was ihm die Aufgabe, das Recht auf die soziale Wirklichkeit anzuwenden, verunmöglicht(162).

ab) Wenn also gesellschaftliche Willensbildungsprozeße dem Richter schwer zugänglich sind, muß nach seinen Arbeitsmethoden gefragt werden, denn selbst, wenn Recht und Gesetz übereinstimmen sollten, ist ein Erkenntnisprozeß des Richters notwendig, der schon von sich aus die Inhalte der Entscheidung beeinflussen kann. Und gerade, wenn man dies bedenkt, müßte zunächst Objektivität ein Inhalt sämtlicher Methoden sein.
Viel mehr wird aber darauf Wert gelegt, daß Gesetzesanwendung "zugleich eigene Entscheidung 'Wertverwirklichung' " sei, und es wird Wert gelegt auf "eigenes Urteilsvermögen und das gesunde Rechtsgefühl"(163).
Natürlich muß der Richter zwischen innerhalb einer Norm verschiedenen möglichen Wertungen unterscheiden, natürlich muß er entscheiden, aber gerade hierbei darf er sich keinesfalls auf seine subjektive Gedankenwelt und Wertordnung beschränken, er soll gerade nicht im Namen des Volkes den Menschen, über die er zu urteilen hat, seine persönlichen Gewissenentscheidungen als allgemeingültig diktieren. "Der Richter muß sich seine Vorurteile und Bedingtheiten bewußt machen und sie so weit abbauen, daß es ihm möglich ist, die Entscheidung nicht auf das zu gründen, was er persönlich glaubt..."(164).
Das ist nicht nur deshalb so schwierig, weil der Richter schon

---

Freienfels,(Fn 1), S.273 geht davon aus, daß der Richter die Wertmaßstäbe vorfindet.

(161) Drath, (Fn 80), S.93 f.; übrigens betont aber Richter, JZ 74, 350, daß es noch nie gelang, verläßlich festzustellen, daß und wie diese Wertvorstellungen die Entscheidung des Richters bestimmen; vgl. aber zu den Wertungsunterschieden der Gerichte im Bereich der Entgeltlichkeit der Ehegattenmitarbeit, Lieb, Ehegattenmitarbeit, S.139 f. Nach Fischer, (Fn 149), S.32 sollen aber die politischen Meinungsverschiedenheiten, die durch unsere pluralistische Gesellschaft bedingt sind, gerade durch das Parlament allein entschieden werden, ggf. auch im Wege des politischen Kompromisses

(162) Schelsky, JZ 74, 411

(163) Fischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ein Rückblick auf die ersten 10 Jahre, 1960, S.15, 9; ähnlich OVG-Präsident Dr.Pötter, zit. nach Friesenhahn,DRiZ 69,174;

als Mensch dazu neigt, in der Sache "Partei zu ergreifen", sondern weil ja gleichzeitig der Einsatz der richterlichen Persönlichkeit selbst durch seinen Arbeitsvorgang wiederum vorausgesetzt ist, was Binder-Wehberg deutlich macht: "Rechtsfindung ist nie bloße Subsumtionsarbeit, ... Juris Interpretatio ist der klassische Sammelbegriff für Rechtsfindung im Streitfall, also für richterliche Tätigkeit überhaupt"(165).
Und gerade, wenn man dem Richter über Rechtsanwendung hinausgehend ein Gestaltungsrecht oder gar eine solche Pflicht zuschreibt(166), ist die Objektivität besonders schwer zu verwirklichen: "Die Entwicklung von Vorstellungen über ein sozial mindestens erträgliches, möglichst aber förderliches Ordnungsgefüge ... erfordert auch dann, wenn der Gesetzgeber viele Anhaltspunkte gegeben hat, erfordert also auch bei richterlicher Entscheidung aufgrund der Gesetze eine eigene soziale ratio, einen hohen Grad eigener sozial ordnender Vernunft. Dies ist dasjenige, was der Richter "aus eigenem" bei der Feststellung des Gesetzesinhaltes hinzutun muß"(167), wobei aber Esser eine gewisse Überprüfbarkeit dieses Feststellungsvorganges voraus-

---

auch Müller-Freienfels,(Fn 1), S.57 fordert, daß der Richter nicht nur sammeln und analysieren soll. Seine Hauptaufgabe bestehe darin, wertend zu beurteilen.

(164) Friesenhahn, DRiZ 69, 174; vgl. auch Birke,(Fn 148), S.40, er nennt dies den Preis für die richterliche Unabhängigkeit, hatte aber schon S.39 vorausgeschickt, daß der Richter dadurch meist überfordert sei; vgl. auch Less,(Fn 147), S.38

(165) Binder-Wehberg, Ungleichbehandlung von Mann und Frau,1970, S.254; S. 253 erläutert sie auch den Unterschied zwischen Analogiebildung und 'freier Rechtsfindung'; vgl. auch H.-P. Schneider, (Fn 149), S.20, wo er noch auf Wieackers Problemstellung hinsichtlich der richterlichen Tätigkeit eingeht; vgl. auch Engelhardt, JZ 76, 577; das BVerfG spricht von einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, E 34, 269 (288);auch Zöllner (Fn 148), S.140 betont mehr den hermeneutischen Prozeß.

(166) so u.a. Drath, (Fn 80), S.144, aber Erkennen und Umgestalten schließen einander aus. Wolf,JZ 74, 18; "Der normanwendende kontinentale Richter unterscheidet sich vom anglo-amerikanischen Richter des case-law nur noch in Nuancen", Zweigert, JZ 53, 248; a.A. Kruse, (Fn 152), S.6; auch Esser (Fn 152), S.8 bemerkt eine mit der Idee des "Codex" unvereinbare unmittelbare Begründung der Entscheidungen aus "allgemeinen Rechtsgrundsätzen". Heldrich, Höchstrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder des sozialen Wandels, in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, S.305 weist auf die führende Rolle des amerikanischen Richters bei der Reform des Rechts zur Reform der Gesellschaft hin, er zitiert S.309 eine Ent-

setzt: "Juristisch im Sinne des "Justiziablen" können wir nur ein Verfahren nennen, das nach angebbaren Merkmalen rational nachprüfbar ist, weil es einen eindeutigen"Begründungszusammenhang" aufweist"(168).

Muß also dieser Begründungszusammenhang nachweisbar sein, kommen wir endgültig zu den Methoden richterlicher Arbeit.

ac) Sie unterscheiden sich danach, ob der Richter eine bestehende Norm verändern, ob er eine Gesetzeslücke schließen oder ob er nur eine bestimmte Norm in einem bestimmten Sinne anwenden will. Für letzteren Fall ist mit Schneider der Arbeitsgang des Richters in 3 Schritte einzuteilen: Ermittlung und Interpretation von Normen, die auf einen Streitfall anwendbar erscheinen, tatsächliche Feststellungen zum Sachverhalt, Schlußfolgerungen --> "Justiz-Syllogismus"(169).

Meint der Richter aber eine Gesetzeslücke vorzufinden, so versucht er diese häufig durch Analogiebildung zu schließen, aber auch durch freie Rechtsfindung nach Prinzipien(170), dies auch bei angestrebter Veränderung einer Norm. Diese Wege unterscheiden sich "durch den Grad ihrer Anlehnung an vorhandene Autoritäten, aber diese Anlehnung ist nicht der primäre Rechtsfindungsvorgang.

"Starting point" ist stets die "ratio", die dem Gesetz nach den Maßstäben richterlich geprägter Grundsätze zugedacht wird(171),

---

scheidung des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten, der sich auf den Standpunkt stellt, eine soziale Gleichstellung mit Hilfe von Gesetzen sei unmöglich, vgl. 163 U.S.537 (1896) - 16 S.Ct. 1143; in Amerika sind aber die Richter auch ganz anders vorgebildet und haben eine politische Laufbahn. In der Bereitschaft zur Weiterentwicklung des Rechts stehen die Gerichte dort kaum hinter den Gesetzgebungsorganen zurück.

(167) Drath, (Fn 80), S.99; ähnlich Müller-Freienfels, (Fn 1), S.267; ähnlich Kulcsár, (Fn 88), S.491, der noch die Einwirkungen des "Laienelementes" beschreibt.

(168) Esser, (Fn 152), S.84 f.

(169) Schneider, DRiZ 75, 267

(170) Nach Luhmann, (Fn 124), S.11 ist dies häufig nicht mehr als eine Begriffsverlängerung über das geltende Recht hinaus, und auch nach Binder-Wehberg, (Fn 165), S.243 dient ein anderweit schon anerkannter 'Rechtsgedanke' als Schlüssel der Einordnung. Es muß aber eben "geltendes"Recht sein, also geltende Prinzipien, anerkannte, auf die zurückgegriffen wird, vgl. Esser, JZ 53, 523, 525; Schneider,(Fn 149) macht aber darauf aufmerksam, daß jedenfalls die 'Gesetzeskorrektur' oder Rechtsfortbildung 'contra legem' auf ebenso einmütige wie entschiedene Ablehnung stoße, S.19m.w. Nachweisen.

und ganz deutlich sagt Binder-Wehberg: "Das Auslegungsmittel wird erst gewählt, nachdem das Ergebnis schon feststeht, die sog. Auslegungsmittel dienen in Wahrheit nur dazu, aus dem Text zu begründen, was in schöpferischer Ergänzung des Textes bereits gefunden war"(172).

Wenn man dies also klar sieht, wird ebenso klar, daß ständig die Gefahr besteht, daß der Entscheidung des Richters häufig weltanschauliche Gesichtspunkte zugrundeliegen(173).

In der vorliegenden Arbeit erklärt sich die Kritik an mangelnder Objektivität, an weltanschaulich geprägten Entscheidungsgrundlagen und grundsätzlich an dem starken Trend zur Rechtsfortbildung daraus, daß die Gefahr gesehen wird, die Richter könnten sich nicht genug an die Grundgedanken des neuen Gesetzes halten. Nachdem grundsätzlich durch Gesetze eine Bewußtseinsbeeinflussung schwierig erscheint und das Gesetz zudem hierfür erhebliche Mängel aufweist, wäre hier eine strenge Gesetzesbindung wünschenswert, um die Verwirklichung der Gleichberechtigung weiterzutreiben, und zwar nicht Gesetzesbindung im positivistischen Sinn, sondern Bindung an die politische Grundentscheidung, eine Rechtsfindung nach "Sinn und Zweck" des Gesetzes, was schließlich möglich sein müßte, da ja der Vorgang des Gesetzgebungsverfahrens bis ins Detail offenliegt.

Allerdings liegen da auch die Unterschiede, die verschiedenen Fronten in der Diskussion offen, sodaß sich Richter auch der "falschen Seite" anschließen könnten, aber zumindest herrschte ja Einigkeit darüber, d a ß Gleichberechtigung weiterverwirklicht werden muß, sodaß sich dieser Wertung die Richter keinesfalls verschließen dürften.

---

(171) Das ergibt sich auch, wenn Less, (Fn 147) S.48 ausführt, daß alles Recht Teil einer objektiven sittlichen Ordnung sei und der Richter zu allererst verpflichtet, gerecht, d.h. gemäß dieser sittlichen Ordnung zu entscheiden, an das Gesetz also nur so weit gebunden sei, wie es ihm eine gerechte Entscheidung ermöglicht; vgl. auch Feuerbach, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft, 1804, S.76

(172) Binder-Wehberg, (Fn 165), S.256; vgl. auch Birke, (Fn 148), S.18 und bei Huhn, (Fn 17), S.16; vgl. aber Hartwieg/Rebe, Familienrecht und Familiensoziologie, in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.29, die solchen "Mißverständnissen" begegnen wollen, indem sie auf die Idee des Rechts verweisen, Gerechtigkeit in ihren verschiedenen Facetten zu verwirklichen; vorsichtiger Zöllner, (Fn 148), S.147 Ähnliches kommt zum Ausdruck, wenn Schmid, (Fn 75), S.150 f von Jerome Frank berichtet, einem amerikanischen Rechts-

ad) Aus der Tatsache, daß diese Gefahr dennoch besteht, folgt, daß die richterlichen Möglichkeiten sehr weit gehen, daß im Grunde die Richter das Recht "machen" könnten, sodaß hier Begrenzungen erwogen werden müssen(174).

Zu denken ist hier ja auch an das Prinzip der Gewaltenteilung, das bei zu weitgehenden Befugnissen der Rechtsprechung gefährdet scheint.

So wird zum Teil vorgeschlagen, die Grenzen in den verfassungsrechtlichen Pflichten und Schranken demokratischer Rechtsprechung zu sehen(175), die sicher eingehalten werden müssen, aber eine "Begrenzung" ergibt sich daraus kaum.

Schneider stellt daneben bestimmte Gebote auf, denen Richterrecht zu entsprechen habe, nämlich: Legitimität, Objektivität, Rationalität, Stabilität, Kontinuität und Publizität und hält daneben die Rechtsprechung durch ihren eigenen Zweck und den der Gesetzgebung für begrenzt(176), wobei auch sicher richtig ist, daß man letztlich für das rechte Maß kaum wirklich bestimmbare Grenzen finden wird(177).

---

philosophenaus der Schule von Holmes, nach dessen Ansicht jene Richter, die am meisten von den Einflüssen ihrer Gefühle und Interessen beherrscht sind, am peinlichsten die Sprache juristischer Logik sprechen und am meisten Wert auf den Anschein legen, nichts als geltende Rechtssätze entdeckt und angewendet zu haben.

(173) zu dieser Problematik vgl. Drath, (Fn 80), insbes. S.131 ff. auch Birke, (Fn 148), S.41 ff., wo er S. 45 ff. dafür plädiert, ausfüllungsbedürftige Begriffe mit der "Durchschnittswertung" zu füllen, die z.B. mit Hilfe der Demoskopie zu ermitteln sei.

(174) die elementare Begrenzung und Zielsetzung fordert auch Esser, (Fn 152), S.76, gerade für die Verwirklichung politischer Prinzipien wie Art.3 II, aus dem seiner Ansicht nach schon die absurdesten Forderungen gezogen wurden. (Einige der dort von ihm genannten Beispiele sind heute selbstverständlich); vgl. auch Arndt in: Recht u.Politik 4/66, S.10, und die Macht des Richters wird auch deutlich bei Mikat, FamRZ 62, 504; vgl. Jahresbericht 1966 für den BGH: "Zur Erörterung steht immer nur das Maß, nicht das Ob eines Richterrechts";

(175) vgl. bei H.-P.Schneider, (Fn 149), S. 9 u.30; Noll,(Fn 77), S.18; auch Fischer, (Fn 163), S.17; ähnlich Richter, JZ 74, 349; nach Arndt, (Fn 140), S.7 ergeben sich die Schranken schon aus der staatlichen Ordnung, aus der der Richter seine Befugnisse ableitet.

(176) H.-P.Schneider, (Fn 149), S.32 f. und 37 ff.; nach Ansicht von Fischer, (Fn 149), S.39 ergeben sich die immanenten Schranken aus Aufgabe und Stellung der Gerichte; ähnlich Heusinger, (Fn 101), S.94 ff.

(177) so Heusinger, (Fn 101), S. 110

Letztlich trifft aber die Würdigung Nolls das Problem am besten: "Der Richter ist an das Gesetz gebunden ... Der Richter darf zwar der Individualität des Falles in hohem Maße Rechnung tragen ..., aber stets bleibt er dabei beschränkt einerseits durch den Rahmen des ihm vorgetragenen Konfliktstoffes, jedenfalls auf den Einzelfall, auch wenn er dabei künftige, ähnlich zu entscheidende Fälle im Auge hat, andererseits durch den Wortlaut des Gesetzes und durch das, was dieser als äußerste Grenze der Interpretation zuläßt. Der Richter muß die Entwicklung des sozialen Gesamtzustandes außer Betracht lassen ... Ebensowenig darf er auch im Einzelfall sich über klare Vorentscheidungen des Gesetzgebers hinwegsetzen (Hervorhebung von mir) ... Die richterliche Tätigkeit bedarf dieser Reflexionsbegrenzung notwendigerweise; ... Für den Richter muß demnach innerhalb sehr weiter Grenzen die gesetzgeberische Vorprogrammierung einer Diskussion, die unmittelbar praktische Folgen hat, entzogen sein"(178).

b) Ein solches Verständnis der Rechtsprechung ist aber nicht zwingend, ihre umfassenden Möglichkeiten, die ja sogar die Durchsetzung eigener Vorstellungen und Wertungen des Richters umfassen und Begrenzungen nötig machen, zeigen vielmehr, daß es der Rechtsprechung teilweise sogar möglich wäre, Gleichberechtigung gegen den Wortlaut des Gesetzes, bzw. darüber hinausgehend zu verwirklichen, d.h. der Gleichberechtigung entsprechend zu entscheiden. Um wieviel größer müssen dann die Chancen für die Gleichberechtigung sein, wenn das Gesetz selbst sich deren Weiterverwirklichung zur Aufgabe gemacht hat.
Dennoch scheint die Rechtsprechung überfordert zu sein, einem solchen Auftrag gerecht zu werden. Die familienrechtliche Judikatur ist - gemessen an dem progressiven Auftrag des Art.3 des Grundgesetzes, der zu verwirklichen ist - in ihrer Grundtendenz konservativ und nicht auf Gleichberechtigung gerichtet(179).

---

(178) Noll,(Fn 77), S.18 f., und Zöllner, (Fn 148), S.155 formuliert: "Die schöpferische Tätigkeit ist die Ausnahme, die gesetzesgebundene Rechtsanwendung die Regel"; so für die Verfassung auch Ramm, FamRZ 63, 337; ähnlich Dölle, JZ 53, 354; auch Arndt,(Fn 140), S.16; vgl. BVerfGE 22, 373(379); Bedenken äußert Lüke, NJW 78,140, der für das 1.EheRG erste derartige Tendenzen in der Rspr. beobachtet; Deubner, NJW 78, 2585 betont die Gesetzesbindung nicht nur für materiellrechtliche Folgerungen, sondern auch hinsichtlich der Art und Weise der Tatsachenfeststellung, also im verfahrensrechtlichen Bereich. Er spricht bei der Nichtanwendung des § 1566 II von bewußtem Gesetzesungehorsam.

ba) So ist keineswegs gesichert, daß "reformerische" Tätigkeiten der Gesetzgebung tatsächlich von der Rechtsprechung konkretisiert werden, was sich auch bei Birke ergibt: "Es kann ... nicht Aufgabe des Richters sein, die Zukunft zu gestalten. Er soll vielmehr, vom Bestehenden ausgehend, den gestaltenden Kräften, die in der Legislative und der Exekutive wirken, die rechtlichen Schranken vor Augen führen und das von ihnen Geschaffene nachprüfen(180)."

Wenn also gesagt wird, Rechtsprechung und Gesetzgebung teilten sich in die Aufgabe der Rechtsbildung und Rechtsgewinnung(181), so heißt dies nicht, daß sich dieses Zusammenspiel auf das gesetzgeberische Ziel unbedingt förderlich auswirken muß.

Man muß sich nur an die Einstellung Radbruchs erinnern, der bei einem Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit der Ansicht war, daß dann das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen habe(183).

Sollte sich eine solche Auffassung bei den derzeitigen Richtern hinsichtlich mancher Regelungen des neuen Familienrechts durchsetzen, so wäre die weitere Verwirklichung der Gleichberechtigung - zumindest auf rechtlichem Gebiet - weniger gewährleistet denn je.

Und dieser Gedanke ist gar nicht so abwegig, wie es zunächst scheinen mag, denn - wie schon mehrfach festgestellt -, paßt das 1.EheRG nicht auf die vorgefundenen gesellschaftlichen Ver-

---

(179) vgl. Kropholler,(Fn 154), S.74 für die Zeit zwischen 1953 u.1958, S.31 für das Namensrecht speziell, S.75 für Gleichberechtigung allgemein und S.77 beklagt er den geringen Einsatz der Rspr. für die Emanzipation der Frau; vgl.auch Äußerungen zum Familienrecht,z.B. des Verfassungsrichters Geiger,FamRZ 73, 225 ff., die diese These erhärten.

(180) Birke, (Fn 148), S.21

(181) H.-P.Schneider,(Fn 149), S.31, auch schon S.26; ähnlich Husserl,Recht und Zeit,1955, S.26; auch Rasehorn,(Fn 150), S.17; Heusinger,(Fn 101), S.54; Arndt, (Fn 140), S.14, auch S.16, wo er vom Wetteifern zwischen Gesetzgebung u.Gericht spricht, einem gemeinsamen Ringen um das uns aufgegebene Recht; ähnlich Esser, (Fn 152), S.23 u.25; Fischer, (Fn 149), S.21

(182) vgl. die Wiener Schule und deren Theorie der stufenweisen Rechtskonkretisierung, nach der nur ein quantitativer Unterschied in Freiheit und Bindung zwischen den einzelnen Rechtskonkretisierungsorganen besteht, bei Birke, (Fn 148), S.19; Mikat,(Fn 18), S.5 f. u.S.31; Luhmann, (Fn 86), S. 44 betont die Kluft zwischen Gesetzgebung und Rspr.,spricht aber (Fn 124), S.199 von einem "pluralistischen Zusammenwirken mehrer rechtsbildender Institutionen;Schneider,JZ 53, 590

hältnisse und die Konfliktfälle, die durch diese vorstrukturiert sind, sodaß sich dem Richter die Problematik der Gesetzes-"Anpassung" eben doch stellt.

bb) Gerade dann könnte auch auf die Auffassung zurückgegriffen werden, die Rechtsprechung müsse dort eingreifen, wo der Gesetzgeber reformerisch versagt habe(184), sei es dadurch, daß er fällige Reformen noch nicht vollzogen, sei es, daß er diese "schlecht" vollzogen hat. So könnten Gerichte für das 1.EheRG durchaus zu einer Einschätzung gelangen, ein Gesetz, das mit den gesellschaftlichen Verhältnissen noch gar nicht übereinstimme, sei ein solches, wo der Gesetzgeber versagt habe.
Dann aber würde man den Richter wirklich schon als "Sozialingenieur" sehen(185), was aber letztendlich nur für einen eventuellen Richter der Zukunft gelten kann, da der herkömmliche Jurist für eine solche Aufgabe gar nicht ausgerüstet ist(186), weshalb er auch überfordert scheint, wenn der Gesetzgeber eine Reform "schlecht" vollzieht, also gar seine Entscheidungslast

---

(183) Radbruch, SJZ 1946, S.105 ff. legte damit einen wichtigen Grundstein für die Anerkennung der richterlichen Rechtsfortbildung überhaupt. Dies war seine geradezu sensationelle Konsequenz aus den Erfahrungen des "Dritten Reiches" ähnlich Less, (Fn 147), S.102; grundlegend für die deutschen Verhältnisse dürfte wohl die Entscheidung des BGH zu § 137 GVG sein, BGHZ 3, 308 (315); Ottwalt läßt in seinem Justizroman "Denn sie wissen, was sie tun" S.65 seinen Richter sagen: "Das Gesetz ist die Gerechtigkeit, und es gibt keine Gerechtigkeit außer im Gesetz".

(184) so etwa Esser, JZ 53, 522; so auch Krauss,FamRZ 54, 62 für die richterliche Rechtsfortbildung zwischen 1953 und 1958, der dies zur Nothilfe bejaht, aber gleichzeitig davor warnt, solche Rechtsnot erst künstlich zu schaffen.

(185) Als solcher wird er nicht nur in der DDR verstanden; vgl. Rasehorn, Über den langen Marsch des kritischen Denkens durch die Institutionen der Justiz, in: Wassermann (Hrsg.) Justizreform, S.46; hierzu auch Schneider, DRiZ 75, 265, S.267 ; Hartwieg/Rebe, (Fn 172), S.21 weisen darauf hin, daß Rechtswissenschaft und Gesetzgeber bessere Verwertungsmöglichkeiten für sozialwissenschaftliche Aussagen haben als der In der Praxis arbeitende Jurist; auch Zweigert, 51.DJT, S. K 10 spricht von Rechtserzeugung und Sozialgestaltung des Richters; aber Neuhaus, FamRZ 70, 350 lehnt dies für unseren freiheitlichen Staat gerade ab; gegen den "Sozialingenieur" Zöllner, (Fn 148), S.156 und vorsichtiger Richter, JZ 74, 348. Dabei wird heute schon von Coing,JuS 73, 795 gefordert, die juristische Ausbildung zu modifizieren, falls sich der Richter als freier Gestalter sozialer Verhältnisse fühlt.

(186) vgl. Kauben, (Fn 90), S.101; vorhergehend hatte er die Gründe für die Unfähigkeit zur Sozialgestaltung angegeben:

auf den Richter abwälzen sollte, also eine "Flucht in die Generalklausel" vorliegt.
So sagt z.B. BJM Vogel für das 1.EheRG, "daß die Übergangsschwierigkeiten des neuen Ehe-und Scheidungsrechts in etwa ein bis zwei Jahren überwunden sein würden, weil dann die Zweifelsfragen durch die Rechtsprechung geklärt sein würden"(187). Daraus kann man ersehen, daß nicht etwa versehentlich manchmal auslegungsbedürftige Begriffe, General- oder Billigkeitsklauseln eingeführt wurden, sondern in der Tat darin eine Art Delegation an die rechtsanwendenden Organe zu sehen ist.
Nach Wieacker ermutigt dies zwar "den Richter guten Willens, persönliche Wertungen, naturrechtlichen Enthusiasmus oder zeitgemäße moralisierende Tendenzen gegen Buchstaben u n d Geist der gesetzlichen Ordnung durchzusetzen. Auf der anderen Seite weist der heute immer häufigere Mißbrauch der Generalklausel durch den Gesetzgeber dem Richter soziale Verantwortung zu, die nicht seines Amtes sind"(188), und Zitelmann spezifiziert: "Die übliche Redensart, die Entscheidung einer Frage werde der Wissenschaft und Praxis überlassen, enthält nicht selten das Eingeständnis, daß dem Gesetzgeber die Kraft versagt"(189).
Birke hält allerdings zugute, daß die Verwendung von Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen zum Teil bewußt geschehe, "um das Gesetz flexibel zu halten"(190), der Richter ist ja hier gezwungen, nach eigenem Ermessen zu ent-

---

Juristen vorwiegend aus bürgerlicher Mittelschicht (50 % aus Beamtenfamilien); stabiles Wert- und Normensystem dieses Milieus; Prägung in der Jugend - konservativ-autoritäre Basispersönlichkeit. Keine Auseinandersetzung mit gesellschaftlicher Wirklichkeit während des Studiums...; Drath, (Fn 80), S.144 sieht aber soziale Gestaltung auch als Aufgabe des Richters.

(187) Schwäbisches Tagblatt am 27.6.78; Gernhuber, Die integrierte Billigkeit, in: FS Tübingen, S.194 bezeichnetdie "Flucht in die Billigkeit" als durch und durch illegitimes Verhalten; hierzu auch Bosch, FamRZ 66, 62,67 f.

(188) Wieacker, (Fn 89), S.476 f.; vgl. hierzu auch Podlech, Wertungen und Werte im Recht, AöR 95, (1970), S.187 ff.; Kruse, (Fn 152), S.9: "Der Richter wird selbst zum Gesetzgeber"; Müller-Freienfels,(Fn 1), S.265 betont speziell für das persönliche Eherecht die Notwendigkeit weitgefaßter, ergänzungsbedürftiger Tatbestände, denn "je weiter eine Norm gefaßt wird, desto sicherer wird die Würdigung aller Besonderheiten des Einzelfalles vorbereitet". Hier ist aber ein Einfallstor für subjektive Einstellung des Entscheidenden zu sehen, vgl. Simitis, (Fn 12), S.49, der dies für positiv hält, weil er offenbar von den Gerichten jetzt Besseres erwartet. Giesen/Gick, JR 79, 6 loben die Zurück-

scheiden, was von Fall zu Fall variieren wird, aber dennoch steht fest, daß hierdurch eine vorgebliche oder tatsächliche gesetzgeberische Zielsetzung gefährdet wird, und gerade wenn man im vorliegenden Fall an die Verwirklichung der Gleichberechtigung denkt, hinsichtlich deren ja schon mehrfach vorsichtig unterstellt wurde, daß sie gar nicht ernst gemeint war, gar nicht wirklich intendiert sein konnte, könnte man - wollte man Böswilligkeit unterstellen - hier sogar vermuten, in den Bereichen, wo Gleichberechtigung unmittelbar eine Rolle spielt, sei womöglich absichtlich so schwammig formuliert worden, damit die Gleichberechtigung durch die Rechtsanwendung der Richter nicht weiter verwirklicht, sondern eher verhindert werde. Gerade im Bereich der allgemeinen Ehewirkungen drängt sich dieser Verdacht auf, zumal dort durch die sofortigen entsprechenden Kommentierungen schon klar wurde, daß sich überkommene Vorstellungen von Rechtsprechung und Lehre durchsetzen werden.
Allerdings macht Simitis deutlich, daß im Familienrecht die allgemeine mangelnde Präzision der Sprache systemimmanent ist, in Wirklichkeit gar keine Lücken läßt, weil "das Wesen der Ehe", "die sittliche Ordnung" etc. stets mitreflektiert sind. So genüge es, wenn der Gesetzgeber allgemein gehaltene Anknüpfungspunkte liefere. Das ist ein weiteres Indiz für die Alibifunktion, denn der Gesetzgeber durfte solche Praktiken nicht übernehaltung der Richter hinsichtlich § 1568. Beispiele für die Notwendigkeit richterlicher Interpretation gerade im Familienrecht bei Bosch, FamRZ 66, 65 ff.

(189) Zitelmann, (Fn 18), S.46 f.; vgl. hierzu auch u.a. Scheuner, DÖV 60, 604; Fischer, (Fn 163), S. 15; Luhmann, (Fn 124), S. 202 ; Noll, (Fn 118), S.262; Mayer-Maly, DRiZ 71, 330; Esser, (Fn 152), S.150; nach Noll, (Fn 77), S. 53 muß der Gesetzgeber sogar davon ausgehen können, daß der Richter gesetzgeberisch mitdenkt; Müller-Freienfels, (Fn 1), bejaht S. 274 die These Zitelmanns für den Fall, daß der Gesetzgeber hätte genauer bestimmen können; z.B. hatte die Denkschrift der EKD, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.35 f. von vornherein gefordert, die Ausgestaltung der Indizien für die Zerrüttung den Richtern zu überlassen; vgl. Giesen/Gick, JR 79, 2. Noll, macht (Fn 77), S.171 noch darauf aufmerksam, daß die Macht derer, die die Gesetze handhaben, dadurch immer größer würde, sodaß es bewußt oder unbewußt immer Tendenzen geben werde, die sich gegen eine eindeutige Übereinstimmung richten zwischen dem, was das Gesetz ausspricht u. dem, was bei seiner Anwendung wirklich geschieht; allerdings überläßt wieder nach Scheuners Ansicht, S. 603, der moderne Gesetzgeber der ausführenden Instanz immer weniger

(190) Bärke, (Fn 148), S.38; vgl. auch Arndt, H. Richterl. Rechtsfortbildung im Disziplinarrecht, in: Arndt/Heinrich/Weber-Lertsch, Richterl. Rechtsfortbildung 1970, S.11; Kruse, (Fn 152), S.10

men, wenn er verändern wollte. Er konnte nicht davon ausgehen, daß plötzlich ein anderes Eheverständnis mitreflektiert wurde[190a].

Nach allem heißt dies aber, daß der Gesetzgeber hätte sich der Generalklauseln enthalten müssen, da sonst der Richter wirklich eingreifen und in gewissen Weise schöpfend, gestaltend tätig werden muß. Die Notwendigkeit richterlicher Neubildung läßt sich jedenfalls, wie Binder-Wehberg formuliert, "erst aus der begrenzten Möglichkeit interpretativer Anpassung des Gesetzes voll begreifen"[191], d.h. also, wenn das Gesetz endgültige Aussagen macht, wird man dem Richter keine diesbezügliche Änderungsbefugnis zusprechen dürfen[192], und wenn das Gesetz neu, also dem momentanen Wertungsgefüge angepaßt ist, müßten an sich auch für die Generalklauseln die Wertungen klar sein.

bc) Daß dies aber nicht der Fall ist, ergibt sich z.B. aus Hoffnungen in der Literatur, die Rechtsprechung möge bestimmte Regelungen so und so, nämlich den Wertungen des Gesetzgebers widersprechend anwenden, z.B. führt Giesen aus: "... die Familiengerichte dürften es ... in der Hand haben, die §§ 1570 ff. ... extensiver und großzügiger anzuwenden, als sie gemeint waren"[193]. Noch deutlicher äußert sich hier Bosch: "Eine gewiß nicht zu leugnende, bei diesem oder jenem vorhandene sozialrevolutionäre Tendenz kann eingedämmt werden, wenn wir anderen ebenfalls nicht müde werden, unseren Standpunkt in bezug auf Ehe und Familie allenthalben zu vertreten, ggf. auch als Richter im Familiengericht. Eine ständige Distanz zu diesen Fragen und zu konkreten Eherechtsverfahren könnte dagegen durchaus zur Folge haben, daß

(190 a) Simitis, (Fn 12), S.47 f.; MünchKomm-Rebmann Einl RdNr.10 hält es aber gerade im Familienrecht wegen des Nebeneinander von sittlichen und Rechtspflichten für nötig, die Bestimmungen allgemein zu halten und mehr als sonst im bürgerlichen Recht mit unbestimmten Rechtsbegriffen zu arbeiten; vgl. auch Gernhuber, (Fn 187), S. 193

(191) Binder-Wehberg, (Fn 165), S.255; das BVerfG erkannte für die Zeit von 1953 bis 1958, daß die schöpferische Füllung weiter Lücken auf der Grundlage einer richtungsweisenden Klausel eine herkömmliche und stets bewältigte richterliche Aufgabe darstelle, E 3,225 - 248; vgl. Heusinger, (Fn 101), S.68; ähnlich schon das Reichsgericht, vgl. RGZ 162, 244 (247); kritisch hierzu Krauss, FamRZ 54, 62; grundlegend zur Rechtsfortbildung BVerfGE 34, 269 (287 ff.)

(192) Eine Kontrollfunktion über den Gesetzgeber hat die Rspr. durch das Verfassungsgericht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit übt in der Tat eine rechtsfortbildende, rechtsschöpferische Tätigkeit aus, und diesem wird man eine Veränderungsbefugnis auch hinsichtlich des 1.EheRG nicht versa-

sich die "Gegenrichtung" durchsetzt"(194). Scheld fordert die großzügige Anwendung des § 1579 I Nr.4 und führt aus: "Die an sich beklagenswerte 'äußerste Konturlosigkeit' der Norm ist dem richterlichen Ermessen dabei behilflich" (!) (195).
So ist Rehbinder zu folgen, der ausführt: "Es bedeutet eine bedauerliche Verwirrung der Demokratietheorie, wenn man den Gerichten unter dem Stichwort "richterliche Rechtsfortbildung" gestatten will, gegen unrichtig erscheinende Normen außerparlamentarische Opposition zu treiben, anstatt sich der Verfassungsmäßig vorgesehenen Bindung an Gesetz und Recht zu unterwerfen"(196).
Diese Ansicht aber ist nicht herrschend, sondern vielmehr die, die eine Regelungsbefugnis der Rechtsprechung eher bejaht, sodaß die Problematik für die Gleichberechtigung im 1.EheRG erneut eine andere Komponente erhält.

bd) Es wird nämlich dann die Einstellung der Richter interessant. Vereinfacht ausgedrückt: wenn diese alle progressiv wären, könnten auch progressive Aufträge verwirklicht werden; die richterliche Unabhängigkeit und Objektivität, die eine solche Bewertung der Problematik an sich verbieten würde, ist ja ohnehin kaum zu realisieren.
Ob wir aber progressive Richter haben, ob also in der Rechtsprechung ein liberaler Durchbruch erwartet werden kann, der die Verwirklichung der Gleichberechtigung ermöglichen könnte, oder ob vielmehr konservative Tendenzen überwiegen, ist so gar nicht festzustellen, zumal da hier auch nicht unbedingt verallgemeinert werden darf. Bestimmte Äußerungen, oft nur Randbemerkungen,

---

gen können (wohl aber jedem Familiengericht; hierzu auch Bachof,Der Richter als Gesetzgeber? in: FS Tübingen, S.180 ff., der im Ergebnis die Funktion des Verfassungsrichters als "Ersatzgesetzgeber" durchaus positiv bewertet; so schreibt auch BJM Vogel im Schwäbischen Tagblatt v.3.5.78 im Hinblick auf das BVerfG: "Aber man wird die Richter dringend bitten können, bei Detailfestlegungen für die Zukunft ein höheres Maß an Zurückhaltung zu üben", was aber eine geringe Begrenzung bedeutet, während das BVerfG, JZ 52, 141 ausdrücklich betont, keine gesetzgebende Körperschaft zu sein.

(193) Giesen,FamRZ 77, 597, Fn24 a; ähnliche Forderungen für's alte Recht, Bergerfurth , FamRZ 62, 247; auf die Richter hofft auch das Kommissariat der Dt.Bischöfe, FamRZ 77, 700, auch der Rat der EKD, FamRZ 77, 701; Kissel, DRiZ 78, 226 beobachtet in der bisher vorliegenden Rspr. eine Tendenz, die Möglichkeit der Ehescheidung restriktiv auszulegen.

in der Literatur bilden hier allerdings Indizien für eine eher konservative Haltung.

So sagt z.B. Deubner in bezug auf das Zerrüttungsprinzip: "Verschulden ist dem Richter schon infolge seiner Ausbildung ein vertrautes Denkmodell, und die Bereitschaft, hier umzulernen, darf nicht allzu hoch veranschlagt werden"(197), und er spricht dort auch von der "gerade in Scheidungssachen zum Moralisieren neigenden Rechtsprechung".

Ganz allgemein befürchtet Evans-v.Krbek: "..., daß man sich auch unter der Geltung des am 1.7.77 in Kraft getretenen neuen Ehescheidungsrechts von vornherein in eingefahrenen Gleisen bewegen zu wollen scheint und insoweit seinen Geist verfehlt"(198).

Auch grundsätzliche Erwägungen lassen eher auf eine konservative Tendenz innerhalb der Rechtsprechung schließen. So muß gerade hinsichtlich des Eherechts daran erinnert werden, daß dort ja die Praxis der Gerichte die Reform überhaupt erforderlich gemacht hatte, um subjektive Richterliche Vorstellungen vom "Wesen"der Ehe aus dem Verfahren möglichst zu entfernen(199), wenn aber dann im Gesetzestext Raum für sämtliche Wertungen geschaffen wird, ist es naheliegend, auf das Überkommene zurückzugreifen, nicht nur aus konservativem Denken heraus, sondern schließlich auch aufgrund der richterlichen Arbeitsüberlastung.

Richterpersönlichkeit und richterliche Tätigkeit, nämlich Sicherung der Ordnung durch Konfliktlösung, scheinen sich gegenseitig zu bedingen. So wird zum Richter gesagt: "Die Berufspflicht der

---

(194) Bosch, FamRZ 77, 580; so sagt auch Gernhuber, (Fn 66), S. 109: "Richterliche Konvention hat bislang noch immer die extremen Positionen schließlich zu bändigen gewußt".

(195) Scheld,FamRZ 78, 651

(196) Rehbinder, (Fn 106), S.37, 38; ähnlich Fischer, (Fn 149), S.32; ähnlich Husserl,(Fn 181), S.59 f.; Krauss, FamRZ 54, 61 betont ausdrücklich, daß der Richter kein subsidiärer Gesetzgeber sei.

(197) Deubner, Zerrüttungsprinzip und Streitträchtigkeit, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.51; noch deutlicher Schwab,Probleme des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung, in: Bogs (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S.92: "... es würde nicht verwundern, wenn die Judikatur selbst bei einem ausdrücklich ausgesprochenen Verbot, Verschuldenselemente in die Wertung einzubringen, mit Hilfe des beliebten Rückgriffs auf allgemeine Prinzpien des Rechts wie der Verwirkung von subjektiven Rechten das Verschulden durch die Hintertür wieder hereinließe", vgl. aber positiver Schwab, FamRZ 79, 14

(198) Evans-v.Krbek, FamRZ 77, 528; ebenso Bücenbender, FamRZ 78, 668; Rasenorn, ZRP 78,2 weist auf die große Macht der Ju-

Wahrung bestehenden Rechts scheint die Rechtspraktiker generell in den Kreis der "konservativen" Mächte einzureihen... Soweit der Juristenstand heute überhaupt typische ideologische Beziehungen zu den gesellschaftlichen Gewalten aufweist, fällt er ... viel stärker als je früher in die Waagschale der "Ordnung", und das heißt praktisch: der jeweils gerade herrschenden "legitimen" autoritären politischen Gewalten"(200), dies allerdings noch für den Richter der Jahrhundertwende.
Heute aber wird gesagt: "Obwohl das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland den Grund gelegt hatte, auf dem sich der neue Richtertyp hätte erheben können, baute man in der Epoche der Restauration die Justiz nach dem Vorbild der zwanziger Jahre wiederauf. Statt zu erneuern, begnügte man sich mit Flickwerk und verschenkte so die Chance der Reform"(201).
Rasehorn zeigt in einem Vergleich des Richters mit 4 anderen hohen Beamten (z.B. Verwaltungsjurist) überzeugend auf, der Richter habe in der Alltagswirklichkeit von den fraglichen 5 Berufen die geringste Selbständigkeit und sei somit am stärksten obrigkeitlich eingestellt(202). Er resümiert ziemlich vernichtend: "Eine Institution, die von autoritären Bewußtseinsstrukturen ausgeht, die auf Anpassung bei ihren Angehörigen hinzielt, die sich bewußt vor der öffentlichen Meinung abkapselt, die nur "positive Kritik" - ein beliebtes Wort in Richteraufsätzen - anerkennen will, die nicht experimentieren will - eine solche Institution kapselt sich in einer modernen, auf die Demokratie zugehenden Gesellschaft selbst ab, wird zu einem Fremdkörper, dem natürlich dennoch eine pluralistische Demokratie, ihrem Grundsatz entsprechend ein Eigenleben beläßt, das Eigenleben

---

risten im Rechtswesen hin. Auch Lange, FamRZ 73, 581 sieht die Gefahr, die Gerichte könnten bei "streitigen" Fällen, in Wirklichkeit alles beim alten belassen.

(199) hierzu Simitis, ZRP 71, 40; vgl. auch Schmid, (Fn 75), S. 158 f.; Drath, (Fn 80), S.130 betont, die Richter seien vielfach an bestehende, an herrschende Denkweisen gebunden.

(200) Max Weber, Rechtssoziologie, S.327 f.; vgl. hierzu Baur, JZ 57, 193; Friesenhahn,DRiZ 69, 169, der übrigens S.171 an die negative Einstellung breiter Kreise der Richterschaft zur demokratischen Republik in der Weimarer Zeit erinnert, auch ein Beleg für die grundsätzlich konservative Haltung dieses Berufsstandes, vgl. auch bei Rasehorn, NJW 68, 2370; ähnlich auch Mayer-Maly,DRiZ 71, 325 u.ausführlich ders. (Fn 37), S.96; vgl. schon bei Ottwalt,S.29 die Skizzierung des Richters als "Hüter des Rechts" und zwar des Althergebrachten.

einer Sekte, möchte man prononciert wagen, deren Angehörige als achtbare Leute durchaus geschätzt sind, auf deren Mittun es aber den Wirkkräften unserer Gesellschaft nicht mehr ankommt"(203). Wenn man aber bedenkt, wie viel Spielraum der Rechtsprechung z. B. im 1.EheRG eingeräumt wurde, könnte man wirklich annehmen, es käme dem Staat auf das konservierende Mittun der Richterschaft an, worauf im Familienrecht beinahe Verlaß sein müßte. "Der BGH ist scheidungsfeindlich und erschwert die Scheidungen aus Gründen und mit Gründen, die keinen Bestand haben können in einer weltlich-pluralen Rechtsordnung. Die Rechtsprechung hat ein Ehebild errichtet, das dem katholischen Ehebild nahekommt, aber auch nicht völlig frei ist von einer Art des Institutionendenkens, die eindeutig nationalsozialistische Wurzeln aufweist, ohne daß diese Herkunft dem BGH bis heute wohl bewußt geworden ist ..."(204), was ja die verschiedenen Autoren zu ihren Bedenken für die Anwendung des 1.EheRG führt.
Und Esser konstatiert zu Recht und Justiz: "Sie folgen der Neuerung nur so weit, als diese sich gegen die Überlieferung durchsetzt, legitimieren also nur das "evolutionäre Minimum" "(205), gerade diese Voraussetzung ist aber hinsichtlich der Gleichberechtigung nicht gegeben, sondern soll durch Gesetz mit Hilfe der Rechtsprechung erst geschaffen werden(206).

---

(201) Königsteiner Manifest des Aktionskomitesse Justizreform, in: Wassermann (Hrsg.), Justizreform, 1970, S.178; ähnlich Rasehorn, NJW 68, 2370

(202) Rasehorn, (Fn 150), S.15; vgl. andere interessante Befragungszahlen bei Kaupen, in: Recht und Politik 2/66, S.21 ff.; auch schon Redeker, NJW 67, 1298, Anm. 10 hatte die starke obrigkeitsstaatliche Fixierung der Justiz festgestellt; vgl. ähnlich König/Kaupen, Ideologie und Recht, in: Maihofer, (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S.165; Schmid, (Fn 75), S.152/153; ähnlich Arndt, in: Recht und Politik, 4/66, S.5

(203) Rasehorn, (Fn 150), S.24; ähnlich Dahrendorf, Anwaltsblatt 14, (1964), S.234

(204) Wiethölter, Rechtswissenschaft, S.222; vgl. auch Schneider, DRiZ 75, 265; Bergerfurth, FamRZ 62, 246, der solch rigide Scheidungspraxis ausdrücklich fordert; vgl. Wolf, JZ 67, 659 u. 661: "Der BGH vertritt einen von ihm als "sittlich" bezeichneten autoritären und totalitären weltanschaulichen Kollektivismus, eine absolute Verneinung des einzelnen Menschen, seiner Freiheit und seines Rechts. Diese Verneinung des einzelnen Menschen, seiner Freiheit und seines Rechts ist auch mit dem Ausdruck "Institution Ehe" gemeint", vgl. ders. JZ 67, 754; Rasehorn, NJW 68, 237[illegible] dagegen hält z.B. die religiöse Einstellung des Richters in Ehescheidungssachen für nicht so erheblich.

Allerdings sieht die Selbsteinschätzung der Richter zum Teil anders aus: "Die Hellhörigkeit und Aufgeschlossenheit des Richters für den Wandel der Welt, seine Bereitschaft, das Neue nicht einfach über den alten Leisten zu schlagen, hält das Recht auf dem Laufenden, paßt durch die Gerichtsentscheidungen in gewissen Grenzen die Rechtsordnung den objektiven und subjektiven Wandlungen der Welt beweglich und behutsam an"(207), was aber wiederum für die Gleichberechtigung sich negativ auswirken muß, da ja hier gerade nicht ein Wandel aufgespürt, sondern erst bewirkt werden muß.

be) Unter diesen Voraussetzungen ist letztlich dem Gesetzgeber vorzuwerfen, daß er keine durchgängige konsequente Lösung ohne "Weichstellen" gefunden hat, denn dann wäre der konservative Grundzug der Richter notwendigerweise darauf gerichtet, das Gesetz durchzusetzen, eben einfach anzuwenden, in Wirklichkeit sind aber zu viele Einbruchstellen gegeben.
Erinnert man sich an die richterliche Arbeitsweise, die nämlich, wie oben ausgeführt, das Auslegungsmittel erst wählt, nachdem das Ergebnis schon feststeht, sodaß sich jedes Ergebnis methodologisch sauber herleiten und begründen läßt, daß überdies "im zivilistischen Bereich ... die Judikatur dem positiven Recht mit einer fast schon traditionsbedingten Unbefangenheit zu begegnen"(208) scheint, und daß man problemlos alle möglichen außergesetzlichen "Grundsätze", Wertvorstellungen, Ideengut etc. als dem Gesetz immanent behandeln kann(209), muß man hinsichtlich einer Anwendung des Gesetzes im Sinne der Gleichberechtigung pessimistisch werden.

---

(205) Esser,(Fn 152), S.82; ähnlich Birke, (Fn 148), S.21; ähnlich Fischer, (Fn 163), S.10 und 11, der betont, daß die Rechtsprechung des BGH diesen konservativen Grundzug haben müsse.

(206) Daß dies nun nicht gesichert erscheint, ergibt sich schon aus der Tatsache, daß in die richterliche Entscheidung irrationale und höchst persönliche Elemente einfließen, bewußt, halb bewußt oder unbewußt, und wenn bestimmte Gesellschaftsschichten in den juristischen Berufen überrepräsentiert sind, besteht die Gefahr, daß Standesideologien die Wertung beeinflussen; vgl. Schmid, Weltanschauliche Hintergründe in der Strafrechtsprechung, in: Böhme (Hrsg.), Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung,1968, S.34, dort S.33 auch grundsätzlich zum Begriff der Weltanschauung; hierzu auch Drath,(Fn 80), S.154; Noll, (Fn 77), S.47; Birke, (Fn 148); auch Müller-Freienfels,(Fn 1), S. 272 weist darauf hin, daß durch Einfluß, Herkunft, Tradition und Konfession der Richter eine weitere Variationsbreite ins Eherecht kommt, auch S.273

Die Gefahr einer durch die Richter geprägten kontinuierlichen konservativen Auslegung des 1.EheRG verstärkt sich noch, wenn man bedenkt, daß die deutschen Gerichte auch ohne direkte Bindung an die Präjudizien des Revisionsgerichts diesen zu folgen pflegen, daß sich aber gerade bei den Obergerichten eine extensive Anwendung von § 242 BGB eingebürgert hat, denn "die Rechtsprechung hat aus § 242 den Rechtssatz entwickelt, daß sich die Einzelvorschrift des Gesetzes in ihrer Anwendung auf den Einzelfall an dem für die ganze Privatrechtsordnung geltenden Gebot von Treu und Glauben messen lassen muß, und daß das Gericht nicht genötigt ist, einer Gesetzesvorschrift im Einzelfalle zu gehorchen, wenn die Anwendung dieser Vorschrift an dieser Stelle zu einem Ergebnis führen würde, das in einem unerträglichen Widerspruch zu der übergeordneten Rechtsnorm von Treu und Glauben und damit zur Rechtsordnung im ganzen stände"(210). Und wenn man bedenkt, daß der Gesetzgeber dies stets akzeptiert und toleriert hat, wird auch deutlich, welche Art und Weise der Rechtsanwendung von ihm vorausgesetzt wird.

c) Wenn Billigkeitsgesichtspunkte im Vordergrund stehen, so tut dies auch die Einzelfallgerechtigkeit, d.h. wiederum, daß dadurch die Rechtssicherheit gefährdet werden könnte, da es ja für Rechtssetzung wie für Rechtsanwendung immer schwierig sein wird, diese Prinzipien zu vereinbaren.
Im vorliegenden Fall, wo es darum geht, Gleichberechtigung zu verwirklichen, kommt der Rechtssicherheit - wie ausgeführt - besondere Bedeutung zu, da ja davon auszugehen ist, daß gerade die Rechtsprechung dann zu der notwendigen Bewußtseinsbildung und -beeinflussung beitragen kann, wenn ihre Entscheidungen kontinuierlich im Sinne der Gleichberechtigung ergehen. Gerade die Konfliktbewältigung müßte einheitlich durch diese geprägt sein.

---

(207) Heusinger,(Fn 101), S.57

(208) Schneider, (Fn 149), S.13; ähnlich Less, (Fn 147), S.106, S.103 sagt er auch, "die Bindung ans Gesetz" hindere die Ausrichtung an politischen Zwecken nicht; zu politischen Aufgaben und Wirkungen, den Begriff der politischen Funktion der Rspr. wegen Ungenauigkeit ablehnend, Zöllner, (Fn 148), S.133 ff.

(209) vgl. Esser, (Fn 152), S.4/5, was dann durch die Einzelfallgerechtigkeit begründet wird; vgl. auch Binder-Wehberg, (Fn 165), S.243; Less, (Fn 147), S.108 weist darauf hin, daß der Richter sein "allgemeines Rechtsempfinden" am Familien- und Stammtisch erforscht; vgl. Esser, (Fn 152),S.

Dem rechtsuchenden Bürger ist natürlich die "Gerechtigkeit" in seinem Fall am wichtigsten. Die subjektiven Vorstellungen, die er davon hat, dürften aber den Gerechtigkeitsvorstellungen des Richters ohnehin selten entsprechen, sodaß auch diese einem Vorrang der Rechtssicherheit nicht entgegenstehen könnte, zumal da es ja für den Rechtsuchenden auch nicht unerheblich ist, eine bestimmte Art von Entscheidung erwarten zu können. "Der Respekt vor der Individualität fordert normative Ansatzpunkte, die ermöglichen, den Entscheidungsprozeß nachzuvollziehen"(211). So wird auch die große Bedeutung der Rechtssicherheit allenthalben betont(212), die vom Gesetzgeber ebenso wie vom Richter zu sichern sei, und Esser macht ja gerade deutlich, daß durch die Rechtsprechung manchmal sogar ein höherer Stabilitätsgrad erreicht werde als durch die Legislative(213), wobei in der Tat aufgrund der faktischen Bindung jedes Gerichts an die Entscheidungen der Obergerichte, sich bestimmte Auslegungen und Betrachtungen einpendeln, welche aber dadurch geprägt sind, daß zunächst die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund gestanden hatte(214), sodaß die Rechtssicherheit, die sich im vorliegenden Fall ergebenkönnte, aufgrund der Art der Konfliktfälle und der Grundhaltung der Richterschaft mit Sinnund Zweck des 1.EheRG wenig zu tun haben dürfte.

82: "Das Rechtsgefühl aller "billig und gerecht Denkenden" ist immer von dem entscheidenden Richter selbst bestimmt worden"; grds. hierzu Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, durchges.u.erg.Aufl.,1972

(210) Heusinger, (Fn 101), S.108 f.; auch Dölle ,Familienrecht, S.11 betont, daß § 242 auch das Familienrecht beherrscht, zu dieser Billigkeit auch Gernhuber, (Fn 187), S.204 f.

(211) Simitis, (Fn 12), S.49

(212) vgl. z.B. Fischer, (Fn 163), S.13; Heusinger, (Fn 101), S. 87, 107; Mayer-Maly, DRiZ 71, 329; BVerfGE 18,224; Scheuner,DÖV 60, 604; Kropholler, (Fn 154), S.63 ff.m.w.N. BVerfGE 3, 225; Krauss, FamRZ 54, 62; Less, (Fn 147), S.76 Mayer-Maly betont in diesem Zusammenhang, S. 329 die Notwendigkeit der Publizität der Rechtsprechung.

(213) Esser, (Fn 152), S.26, was die Kontinuität betrifft, könne die Rspr. geradezu ein Rückhalt juristischer Sicherheit gegenüber einer politisch oft sachentfremdeten Legislative werden; ders. AcP 172, S.103 betont die Bedeutung des dogmatischen Denkens für diese Stabilität; vgl. auch bei Kropholler, (Fn 154), S.65 + 79 f.; auch Luhmann (Fn 124), S. 193, der dadurch sogar die Legislative beeinflußt sieht.

(214) Arndt, hält in Recht und Politik 4/66, S.10 die Rechtssicherheit für überbetont: "Das Unberechenbare ist auch eine Hoffnung". Radbruch, SJZ 46, 107 sieht die beiden Prinzi-

Wie wir an anderer Stelle schon gesehen haben, wird von Gegnern des Gesetzes bereits gefordert, die scheidungsrechtliche Härteklausel mit Hilfe des § 242 über die Begrenzung von 5 Jahren hinaus auszudehnen, was ja eine ganz eindeutige Abweichung vom Gesetz darstellen würde, und was zeigt, wie leichtfertig mit Text sowie Sinn und Zweck des Gesetzes umgegangen wird. Und wenn Rasehorn fordert: "Nein - gerade kein gläubiges Vertrauen auf Gerechtigkeit von Gesetz und Gesetzgebern, die Gerechtigkeit ist heute eine Sache des Richters selbst, seine Hauptsorge! Natürlich bedeutet Recht auch Rechtsordnung; aber gerade dies ist selbstverständlich und bedarf keiner Hervorhebung. ... Darum darf sich der Richter nicht mit der Ordnung des Grundgesetzes und der Ordnung der Demokratie begnügen"(215), so ist das solange nicht gerechtfertigt, als der Richter darauf nicht vorbereitet ist, und als er nicht gehalten ist, dieser Gerechtigkeit zumindest die politische Grundentscheidung des Gesetzgebers zugrundezulegen.

So wäre für die Verwirklichung der Gleichberechtigung gerade wünschenswert, wollte sich der Richter auf Grundgesetz und Ordnung der Demokratie berufen, sich allein darauf verpflichtet fühlen, denn bei einer Thematik wie der des 1.EheRG, die so ideologiebefrachtet ist, daß praktisch jeder Mensch, also auch jeder Richter Anschauungen darüber hat, weil auch er ganz subjektiv davon betroffen ist, müßte der Richter schon um seiner selbst willen, und um sein Gewissen zu entlasten, auf das Grundmotiv des Gesetzes festgelegt werden. So soll ja auch der Grundsatz der Gewaltenteilung verhindern, daß die Richter ihre Wertungen

---

pien gar nicht so sehr im Konflikt als vielmehr nebeneinander und durcheinander bestehend und bedeutsam, gemeinsam mit dem Prinzip der Zweckmäßigkeit; Rechtssicherheit ist für ihn ein Teil der Gerechtigkeit, und nach Müller-Freienfels (Fn 1), S.276 besteht die Arbeit des Richters im Abwägen, zwischen Rechtssicherheit und Billigkeitsentscheidung, Stabilität und Anpassung, Normdenken und Falldenken; ähnlich Heusinger, (Fn 101), S.5; Less, (Fn 147), S.105 betont auch, daß es für diesen Konflikt keine Zauberlösung gebe

(215) Rasehorn, Über den langen Marsch des kritischen Denkens durch die Institutionen der Justiz, in: Wassermann(Hrsg.), Justizreform, 1970, S.60; ähnlich BGHZ 3, 315; im übrigen erhofft sich Zweigert, JZ 53, 249 vom Richter mehr Sachgerechtigkeit als vom Ergebnis eines politisch-parlamentarischen Kompromisses.

gegen die der Volksvertretung setzen können(216).
Die Sachlage ist also die: Ein Gesetz wurde erlassen, u.a. um Gleichberechtigung weiterzuverwirklichen und damit dem Auftrag der Verfassung gerecht zu werden. Seine Regelungen widersprechen der Gleichberechtigung auch weitgehend nicht mehr. Um diese weiterzuverwirklichen, genügt es aber nicht, ihr nicht mehr zu widersprechen, sondern es muß ihr aktiv entsprochen werden, denn die beim Bürger notwendige Bewußtseinsänderung ist schwer herbeizuführen.
Das Gesetz allein scheint untauglich, also müßte es entsprechend angewandt werden. Die der Gleichberechtigung entsprechende Anwendung ist aber vom Gesetz nicht erzwungen, sondern nur ermöglicht und somit aus den genannten Gründen von vornherein unwahrscheinlich(217).
Es wird also immer wieder deutlich, daß der Fehler beim Gesetzgeber selbst lag. Er hat seine Ziele nicht deutlich genug zum Ausdruck gebracht, und jede Möglichkeit der Anwendung eröffnet. Daß er dies aber getan hat, spricht erneut für den Mangel der Ernstlichkeit hinsichtlich der Gleichberechtigung, denn Unwissenheit hinsichtlich der Gegebenheiten der Rechtsprechung, darf man ihm keinesfalls zugute halten.
Es mußte also klar sein, daß das Gesetz selbst die Voraussetzungen für eine i.S. der Gleichberechtigung einheitliche Anwendung zu schaffen hatte.

---

(216) Zöllner, (Fn 148), S.157 führt zwar auch aus: Je politisch sorgsamer und wachsamer der Gesetzgeber ist und je besser er seine politische Handlungsfähigkeit wahrt, umso unpolitischer,d.h. gesetzesgebundener kann der Rechtsanwender sein. Ich meine aber nicht den unpolitischen Richter, sondern den Richter, der politisch ist in dem Sinne, daß er auf die Zukunft gerichtete politische Entscheidungen verwirklichen hilft.

(217) Übrigens wurde in den Medien bereits über unterschiedliche Anwendung berichtet. Man erwartet ja sogar eine Differenzierung nach Gebieten - man spricht von der sog."Südschiene" Bayern,Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz gegenüber den liberaleren Ländern nördlich der Mainlinie

VII. Ergebnisse

- Gleichberechtigung muß Gleichberechtigung der Geschlechter, also letztendlich aller Menschen heißen, auch wenn sich diese Forderung zunächst am unmittelbarsten für die Frau stellt, weswegen sie auch häufig als Gleichberechtigung der Frau formuliert wird und werden darf.

- Der Gesetzgeber steht seit Erlaß des Grundgesetzes unter dem Zwang, Art.3 II GG verwirklichen zu müssen; er darf also einer Entwicklung der gesellschaftlichen Verhältnisse nicht tatenlos zusehen. Den hohen Anspruch, unter dem er steht, hat er mit allen vorherigen Schritten, aber auch jetzt wieder durch Erlaß des 1.EheRG, nur schlecht erfüllt.

- Abgesehen von der Auffangklausel des § 1355 II 2 widerspricht zwar das 1.EheRG - wenigstens im Wortlaut - dem Art.3 II nicht mehr unmittelbar, aber ebensowenig wird dem Gleichberechtigungsgrundsatz darin unmittelbar entsprochen.
  Der grundsätzliche Mangel folgt aus der Tatsache, daß immer wieder versucht wird, Gleichberechtigung innerhalb der bestehenden Gesetzessystematik zu verwirklichen, wodurch die bereits verinnerlichten Wertungs- und Anwendungsmuster zwangsläufig auf das "Neue" übertragen werden m ü s s e n .
  Regelungen, die von Unterdrückung geprägt sind, realisieren nicht einfach dadurch den Gleichberechtigungsgrundsatz, daß die entsprechenden Rechte und Pflichten auf beide Ehegatten übertragen werden. Die hier fehlende Konsequenz indiziert fehlendes Engagement in der Sache.

- Auch wird die Regelungsfunktion des Staates in diesem Bereich immer fraglicher. Weder für bestehende Ehen noch für den Fall der Scheidung, die Scheidungsgründe betreffend, scheint staatlicher Eingriff sinnvoll, denn werden hier gesetzliche Regelungen vorgenommen, wird immer ungerechtfertigten Einmischungsversuchen der Justiz Vorschub geleistet, gleichgültig, in welcher Form die Regelung erfolgt. Lediglich "Bedenkzeiten" wie in § 1566 bieten Hilfe, ansonsten aber nur die Regelung der Folgen einer Trennung.

- Es wurden im Gesetzgebungsverfahren zu viele Kompromisse eingegangen. Wichtiger,als dem Meinungspluralismus Ausdruck zu verleihen, wäre eine in sich konsequente Lösung gewesen.

- Die weitere Verwirklichung der Gleichberechtigung auf rechtlichem Gebiet läuft leer, wenn sie nicht Hand in Hand geht mit einem Prozeß auf der Bewußtseinsebene; die Frau muß ja erst lernen, von ihren gleichen Rechten Gebrauch machen zu können, und Mann und Frau müssen sich als ebenbürtig betrachten lernen. Das 1.EheRG kann sich nur für den viel berufenen "mündigen" Bürger positiv auswirken, den es jedoch kaum gibt, und für dessen Existenz noch nie viel getan wurde.
  Schon der Ansatz der Reform ist inkonsequent; die Stellung des Mannes bleibt unberührt und gegeneinander abgegrenzt werden nur Interessen von Frauen und Kindern.

- So besteht auch keine echte Wahlmöglichkeit zwischen außerhäuslichen Berufen und dem"Beruf" Hausfrau; die hierfür notwendigen Sozialleistungen und finanziellen Voraussetzungen sind für die Gesellschaft nicht erschwinglich, könnten höchstens durch eine Umstrukturierung und Umverteilung, durch Verlagerung der Schwerpunkte, erbracht werden. In Wirklichkeit aber ist die Gesellschaft weiterhin an den kostenlosen Arbeitskräften interessiert, deren Versorgung aus privaten Interessen übernommen wird. Somit besteht auch kein Interesse an echter Gleichberechtigung, die e c h t e Wahlmöglichkeit voraussetzen würde.

- Dabei müßte die Gleichberechtigung der Geschlechter nicht nur gesamtgesellschaftlich wünschenswert sein, sondern auch in bezug auf die Familie, denn durch sie kann langfristig die Familienstabilität sich steigern. Gleichgewicht in der Dominanz der Geschlechter stört nur die patriarchalische Ehe, während sie in Wirklichkeit Vorbedingung ist für eine wirklich erfolgreiche Paarbindung. So bedingen sich Gleichberechtigung und individualistisches Ehebild.

- Daß die Gleichberechtigung aber nicht in der Ehe isoliert gesehen werden darf, erklärt sich schon daraus, daß die meisten Einstellungen hinsichtlich der Ehe schon lange vor dieser geprägt wurden; die Entwicklung darf sich also nicht auf einen Lebensbereich beschränken, sondern ganz grundsätzlich muß verinnerlicht werden, daß es in der Gesellschaft weder naturgegebene ausschließliche Rollenverteilung gibt noch geben darf.

- Ein solcher Lernprozeß ist schwierig auf gesetzlichem Wege zu erreichen, schon gar nicht bei Beschränkung auf ein einziges Rechtsgebiet, nämlich das des Familienrechts. Von der rechtlich garantierten Gleichberechtigung profitiert bisher nur eine Minderheit. Der gesamtgesellschaftliche Zusammenhang hätte zumindest eine umfassende Regelung auf allen denkbaren Rechtsgebieten erfordert.

- Rechtliche Regelung, die eine gesellschaftliche Veränderung anstrebt, bei der ein Lernprozeß auf der Bewußtseinsebene vorausgesetzt ist, kann diese ohne andere Maßnahmen nicht bewirken. Soziale Gleichstellung mit Hilfe von Gesetzen, d.h. allein durch den Erlaß eines Gesetzes ist unmöglich. Diese muß politisch durchgesetzt werden, wofür die rechtliche Regelung lediglich e i n e n Faktor darstellt, während wirtschaftliche Interessen sich hier viel intensiver auswirken.

- Will die rechtliche Regelung überhaupt etwas bewirken, Einfluß nehmen müssen andere Mittel mit herangezogen werden, z.B. Information, denn die Menschen sind mit Gesetzen viel zu wenig vertraut. Gerade im Hinblick auf das 1.EheRG sind wohl die Scheidungsmöglichkeiten und unterhaltsrechtlichen Fragen bekannt geworden, nicht aber die Zusammenhänge mit der Stellung der Frau.

- Des weiteren müßte wirksamer eine gleichberechtigungskonforme Rechtsanwendung gesichert werden. Für ein Gesetz, das beeinflussen und verändern will, läßt das 1.EheRG viel zuviel Spielraum für unterschiedliche Wertungen. Die Rechtsprechung ist dadurch nicht genug gezwungen, Gleichberechtigung dadurch weiterzuverwirklichen, daß sie Konfliktfälle dieser entsprechend löst, also kontinuierlich im Sinne der Gleichberechtigung, wodurch auch Rechtssicherheit gewährleistet wäre.

- So aber sind Rechtssicherheit u n d Einzelfallgerechtigkeit in Gefahr, die sich nur bei harmonischen, homogenen Regelungen vereinbaren lassen.

- Trotz proklamierter Emanzipation wird eine gleichberechtigte Entwicklung der Geschlechter nicht angestrebt. Die Frau ist dem System zwar als billige Arbeitskraft willkommen, ein gesellschaftliches Engagement ihrerseits wird aber - jedenfalls als breite Erscheinung - geschickt verhindert.

Man ist bemüht, die Interessen der Frau weitgehend auf familiäre Belange zu lenken, denn die Familienfunktionen, die für den Staat unabdingbar nötig sind, scheinen bei konsequenter Gleichberechtigung nicht so problemlos gesichert wie beim Status quo . Die tatsächliche Gleichberechtigung der Geschlechter stößt an die Grenzen des Systems.

- Das Reformgesetz fingiert die Erreichung sehr weit gesteckter Ziele. Nicht nur durch diese Fiktion werden sie unerreichbarer, sondern sie setzen eine so umfassende gesellschaftliche Veränderung voraus, daß sie ohne grundsätzliche Umstrukturierungen, an denen keinerlei Interesse besteht, in der Tat unerreichbar sind. Somit hat das Gesetz in bezug auf die Gleichberechtigung nur Alibifunktion. Die gesetzliche Regelung wird ganz oberflächlich verbal der Gleichberechtigung angepaßt, deren tatsächliche Umsetzung wird wirksam verhindert , und der wirklichen Erreichung des Ziels wird durch die Fiktion mehr geschadet als genützt.

Literaturverzeichnis

Adomeit,K. "Die Ehescheidung und ihre Folgen", in: Kühn/Tourneau,(Hrsg.) Familienrechtsreform..., S,69 - 79

Änderungsantrag der Abgeordneten Dr.Emmerlich, Thürk u.Engelhard zur zweiten Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) - Drucksachen 7/650, 7/4361 - : BT-Drucks. 7/4432

Änderungsantrag der Fraktion der CDU/CSU zur zweiten Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) - Drucksachen 7/650, 7/4361 -: BT-Drucks.7/4445

Aldag, H."Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung" Diss. Berlin 1925

Ambrock, E., "Zur Verfassungsmäßigkeit und Auslegung der positiven Härteklausel des 1.Eherechtsgesetzes, FamRZ 78, 314

Antrag der Fraktion der SPD betr. Einsetzung einer Eherechtskommission: BT-Drucks. V/2162

Antrag des Ausschusses nach Artikel 77 des Grundgesetzes (Vermittlungsausschuß): BT-Drucks. 7/4992

Antrag des Ausschusses nach Artikel 77 des Grundgesetzes (Vermittlungsausschuß) zu dem Gesetz über den Ehe- und Familiennamen - Drucksachen 7/650, 7/3119, 7/3268 -: BT-Drucks. 7/3358

Antrag des Ausschusses nach Artikel 77 des Grundgesetzes (Vermittlungsausschuß) zu dem Gesetz über den Ehe- und Familiennamen - aus BT-Drucks. 7/650, 7/3268, 7/3358, 7/3504, 7/4509 - und zu dem Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- u. Familienrechts (1.EheRG) - aus BT-Drucks. 7/650, 7/4361, 7/4696: BR-Drucks. 216/76

Antrag der Fraktion der FDP. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehegesetzes: BT-Drucks. V/1444

Arbeitsgemeinschaft der katholischen deutschen Frauen, Entschliessung zum Ehescheidungsrecht v. 8.Januar 1970, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.150

Arbeitsgemeinschaft der katholischen Frauenverbände, Entschliessung zum Ehe- und Scheidungsrecht v. 13.Januar 1971, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.152

Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen, Entschliessung des erweiterten Bundesvorstandes zur Reform der Ehescheidung v. 15.Mai 1971, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.170

Arbeitskreis Juristen der CSU, Resolution zum Thema Eherechtsreform, v. 6.März 1971, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.167

Arndt, Adolf, "Das Bild des Richters", Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 2.Nov. 1956, Heft 27 der Schriftenreihe derselben, Karlsruhe 1957

ders.,"Gedanken zum Gleichheitssatz" in: FS Leibholz Bd.2 1966, S.179 - 186

ders, "Der Jurist in unserer Zeit", in: Recht und Politik 4/1966, S. 4

ders., "Vor unserer eigenen Tür", NJW 67, 1845

Arndt, Horst, "Richterliche Rechtsfortbildung im Disziplinarrecht" , in: Arndt/Heinrich/Weber-Lortsch, Richterliche Rechtsfortbildung

Arndt,H./Heinrich,H./ Weber-Lortsch,R., "Richterliche Rechtsfortbildung", Köln, Berlin, Bonn, München, 1970

Arnold, E., "Zur Neuregelung der Schlüsselgewalt" § 1357 in der Fassung des GlBerG, FamRZ 58, 193

Assmann,E. "Formen und rechtliche Komponenten der Familienpolitik", Bielefeld 1974

Bachof, O. Buchbesprechung zu v.Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, FamRZ 56, 398

ders., "Der Richter als Gesetzgeber?", in: FS Tübingen, S.177 ff.

Bachofen, J.J., "Das Mutterrecht", Bd.I u.II, 3.Aufl., Basel 1948

Bahrdt,H.P. "Wandlungen der Familie", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.110 ff.

Ball,K. "Vom neuen Weg der Gesetzgebung", Berlin 1921

Baur, F. "Sozialer Ausgleich durch Richterspruch".Ein Beitrag zum Wandel des Richteramtes, JZ 1957, 193

Beauvoir,S.de, "Das andere Geschlecht", Sitte und Sexus der Frau Reinbek bei Hamburg, 1968

Bebel, A., "Die Frau und der Sozialismus", 50.Aufl., Stuttgart 1910

Becker,W., "Eheschutz gegen Ehescheidung" insbesondere Der Staatsanwalt im Ehescheidungsverfahren, FamRZ 56, 93

Beiträge zur Familienrechtstheorie, Mehrere Diskussionsbeiträge KJ 1975, 129

Beitzke,G., "Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz", in: Beitzke/Hübner, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Tübingen 1950

Beitzke,G."Die Gleichheit von Mann und Frau", in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, 2.Bd., Berlin 1954, S.199 ff

ders. , "Familienrecht", 17.Aufl., München 1974 u.19.erg.Aufl., 1977

ders., Buchbesprechung des Münchner Kommentars zum Familienrecht, NJW 78 256

Beitzke/Hübner, "Die Gleichberechtigung von Mann und Frau" 2 Abhandlungen (hrsg.v. Karl S.Bader), Tübingen 1950

Belchaus, G. "Der Versorgungsausgleich nach dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts", FamRZ 73,341 ff.

Bergerfurth,E. "Zur Erschwerung der Ehescheidung", FamRZ 62,246

ders. "Zweifelsfragen im neuen Eheverfahrensrecht", FamRZ 76,581

ders. "Scheidungsantrag nach Ausschluß des Versorgungsausgleichs-Zur Problematik des § 1408 II 2 BGB", FamRZ 77, 440

Bergerfurth,B./ Evans-v.Krbek,F.-S., "Erfordert die Scheidungsantragsbegründung die Angaben des letzten ehelichen Verkehrs?", FamRZ 77,528

Bergholtz,R. (Hrsg.), "Die Wirtschaft braucht die Frau", Darmstadt 1956

Bernsdorf, W. (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie, Stuttgart 1969

Bernstorff, Graf von, "Familienname und Grundgesetz", FamRZ 63, 340

ders., "Der Familienname als Gegenstand des Gleichberechtigungsgrundsatzes", FamRZ 63,110

Bettermann, K.A./Nipperdey, H.C./ Scheuner, U., "Die Grundrechte" Grundrechte und institutionelle Garantien, Bd.IV,1, Berlin 1960,

Binder-Wehberg, Friedelind , "Ungleichbehandlung von Mann und Frau," Eine soziologische und arbeitsrechtliche Untersuchung, Berlin 1970

Birke, W. "Richterliche Rechtsanwendung und gesellschaftliche Auffassungen", Köln 1968

Blomeyer, J. "Die Reform des Ehescheidungsverfahrens im Spiegel der Meinungen - Zum 2. Entwurf eines 1. EheRG", ZRP 1974, 118 - 125

Böhme, W. "Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung", Karlsruhe 1968

Böhmer,Ch. "Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) v. 14.Juni 1976" Ein informativer Überblick, StAZ 76, 241

Boehmer, G. "Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht", MDR 50, 386

ders., "Einige kritische Gedanken zum Gleichberechtigungsgesetz", in: FS Hedemann, 1958, S. 25 ff.

Bogs, W. "Die sozialrechtliche Sicherung der nicht berufstätigen Hausfrau", NJW 68, 1649

ders., "Neues Eherecht und Sozialversicherung", in: ders. (Hrsg.) Eherechtsreform, 1971, S.96 ff.

ders. (Hrsg.), "Eherechtsreform", Frankfurt, 1971

Bosch, F.W. "Familienrechtsreform (Eheschließung - Ehescheidung - Gleichberechtigung von Mann und Frau - Recht des unehelichen Kindes)", Siegburg 1952

ders., "Die Situation im Ehe- und Familienrecht", in: Der deutsche Rechtspfleger 53, 482

ders., "Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie. Eheschließung - Ehescheidung - Gleichberechtigung", Siegburg 1954

ders., "Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz", FamRZ 57, 169 ff, 231 ff.

ders., "Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht", FamRZ 58, 81

ders., "Ehe und Familie in der Rechtsordnung". Insbesondere ein Beitrag zum Thema "Gesetz und Richter", FamRZ 66, 57

ders., "Ehescheidung und ihre Folgen", FamRZ 70, 109

ders.,"Eherecht in Gefahr? - Zur geplanten Änderung des Eherechts und Ehescheidungsrechts", FamRZ 71, 57 ff.

ders., Entscheidungsanmerkung zu Nr.190 KG in FamRZ 75, 423

ders., "Neues deutsches Familienrecht 1976/77, FamRZ 76, 401

ders., "Die Neuordnung des Eherechts ab 1.Juli 1977", FamRZ 77, 569

Bovet,Th. "Ist die Ehe überholt?" in: Ruthe (Hrsg.) Ist die Ehe überholt? München 1972, S. 9 ff.

Brandt, Willy (Hrsg.), "Frauen heute" Jahrhundertthema Gleichberechtigung, Köln 1978

Brandt,G./Kootz,J./Steppke,G., "Zur Frauenfrage im Kapitalismus", 3.Aufl., Frankfurt/M. 1976

Bronska-Pampuch, W. "Ergebnisse bei den Marxisten" in: Rotzoll (Hrsg.) Emanzipation und Ehe, München1969, S.120 ff.

Brüggemann, D., "Erste Erfahrungen mit dem neuen Eherecht in der Praxis", FamRZ 77, 582

ders., "Drei neuralgische Punkte des materiellen Scheidungsrechts", FamRZ 78, 91

Brühl, Landgerichtsrat, "Der Prozeßkostenvorschuß nach dem GlBerG", FamRZ 58, 197

Büdenbender, U.,"Die Neuordnung der Schlüsselgewalt in § 1357 n.F. BGB", FamRZ 76, 662

Bürgle, H. "Die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf 1973 eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts", FamRZ 73, 508 ff.

Busse,W. "Ave Eva", in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, München 1969, S.104 ff.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion, 14 Thesen zur Reform des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen v. 17.Dezember 1970, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.165

Claessens,D./Menne,F.W., "Zur Dynamik der bürgerlichen Familie und ihrer möglichen Alternativen", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.313 ff.

Coester,M. "Eheverfehlungen als Kriterium der Sorgerechtsentscheidung nach neuem Recht", FamRZ 77, 217

Coing, H. "Bemerkungen zu dem Modellentwurf für die einstufige Juristenausbildung in Hessen", JuS 73, 797

Creifelds,Dr. "Die Gleichberechtigung der Frau im Deutschen Recht", JR 50, 449

Cuny A.(Hrsg.) "Unterhalt und Versorgung der geschiedenen Frau", Frankfurt/M. 1970

Dahlström, E. "Familie und Arbeit der Ehefrau", in: Simitis/Zenz (Hrsg.), Seminar..., Frankfurt 1975, S.212 - 229

Dahrendorf,R. "Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen", Tübingen 1961

ders., "Zur Soziologie der juristischen Berufe in Deutschland", in: Anwaltsblatt 14 (1964), S.216 - 234

Damrau, J. "Probleme des neuen Rechts der Ehescheidung", NJW 77, 1620

Dannehl,K. "Der Einfluß einer nicht voraussehbaren Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des geschiedenen unterhaltspflichtigen Gatten auf den Anspruch des unterhaltsberechtigten Gatten", MDR 55, 575

Deinhardt,K. "Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen", FamRZ 71, 273

Delmar,M. "Französische Frauen" Erlebnisse und Beobachtungen, Reflexionen, Paradoxe, Freiburg 1925

Denninger, E. "Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt", JZ 1966, S.767 ff.

Derleder,A./Derleder,P., "Kindesbetreuung und Ehegattenunterhalt", FamRZ 77, 587 ff.

Deubner,K.G. "Scheidungsreform - eine Forderung der Realitäten", JR 1970, 291

ders., "Zerrüttungsprinzip und Streitträchtigkeit", in: Bogs u.a. (Hrsg.), Eherechtsreform, 1971, S. 50 ff.

ders., "Der Weg in die Unterhaltsknechtschaft", ZRP 1972, 153

ders., "Der Vorrang der Zerrüttungsvermutung im Scheidungsrecht", NJW 78, 2585

DAG, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung u. der Scheidungsfolgen v. Januar 1971, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.174

Deutscher Akademikerinnenbund, Stellungnahme zu den Vorschlägen der Eherechtskommission beim Bundesjustizminister, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.187

1.Deutscher Familiengerichtstag: Brühl - 7.10.79, Entschließungen der Arbeitskreise, FamRZ 78, 845

Dt.Industrie- und Handelstag, Stellungnahme zum Diskussionentwurf des Bundesjustizministeriums v.2.Dezember 1970, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente , S.185

Deutscher Hausfrauenbund ,Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums v. 30.Oktober 1970, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S. 213

Deutschland-Zentrale der Weltorganisation der Mütter aller Nationen (WOMAN), Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums v.31.Oktober 1970, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.211

Dichgans,H. "Die Welt verändern. Reform oder Revolution? ", Düsseldorf, Wien, 1974

Dieckmann, A. "Zur Zerrüttungsvermutung bei Ehescheidungen im Einvernehmen", ZRP 71, 193 ff.

ders.,"Unterhalts- und versorgungsrechtliche Betrachtungen zur Reform des Scheidungsrechts", in: FS Bosch

ders., "Die Unterhaltsansprüche geschiedener und getrenntlebender Ehegatten nach dem 1. EheRG v. 14.6.1976, FamRZ 77, 81, 161

Diederichsen,U. "Der Ehe- und Familienname nach dem 1.EheRG, NJW 76, 1169

ders., "Die allg. Ehewirkungen nach dem 1.EheRG u.Ehevereinbarungen", NJW 77, 219

Die weibl.Abgeordneten der Sozialdemokratischen BT-Fraktion, Forderungen zur sozialen Sicherung der Frau v.11.Nov.1970, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.171

Dölle,H.,"Vom Stil der Rechtssprache", Tübingen 1949

ders., "Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht", JZ 53, 353

Döpfner,Julius Kardinal/ Dietzfelbinger, Hermann D., "Das Gesetz des Staates und die sittliche Ordnung" Zur öffentlichen Diskussion über die Reform des Eherechts und des Strafrechts, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.154

Dörner,H. "Industrialisierung und Familienrecht" Die Auswirkungen des sozialen Wandels, dargestellt an den Familienmodellen des ALR, BGB u.des französischen Code Civil, Berlin 1974

Dombois,H. "Kirche und Eherecht" Studien und Abhandlungen 1953 - 1972. Stuttgart, 1974

Drath, Martin "Grundgesetz und pluralistische Gesellschaft" Wie weit dürfen weltanschauliche Tendenzen in der Rechtsprechung Berücksichtigung finden? in: Böhme (Hrsg.) Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung, Karlsruhe 1968

Dürig, G. "Ein Trauerspiel in (bisher) 4 Akten", JZ 53, 740

ders., "Art.3 II GG - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen", FamRZ 54, 2 ff.

Ebert, Kurt Hanns, "Der vorzeitige Erbausgleich: Vorläufiges oder endgültiges Rechtsinstitut?", Bielefeld 1971

v.Einsiedel, W. Enzyklopädisches Stichwort: "Das Geschlechterproblem" in: Mead, Mann und Weib, S. 261

Emmerlich, A., "Die SPD ist zur Zusammenarbeit bereit. Bei der Eherechtsreform in wichtigen Grundsätzen Übereinstimmung zwischen Koalition und Opposition", in: Sozialdemokratischer Pressedienst 1975, S.4 - 5

Engelhardt, H., "Neues Unterhaltsrecht und frühere Scheidungen", JZ 76, 576

Engler,H./Schwab,D., "Beiträge zur Familienrechtsreform", Paderborn 1974

Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, BT-Drucks. II, 224/ 53,

Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) und Verhandlungen im Bundesrat hierzu, BR-Drucks. 266/71

Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG), BT-Drucks. VI/ 2577

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts - Gesetz zur Neuordnung der Zuständigkeiten u.des Verfahrens in familienrechtlichen Angelegenheiten - (2.EheRG), BT-Drucks. VI/ 3453

Enzensberger,H.M. (Hrsg.), "Frau - Familie-Gesellschaft", Kursbuch 17/1969

Erklärung des Kommissariates der deutschen Bischöfe (Bonn)zur Inkrafttreten des neuen Ehescheidungsrechts v.31.8.77, FamRZ 77, 699

Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zur Reform des Ehescheidungsrechts v.12.Nov.70, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.110 - 112

Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland zu Ehe und Ehescheidung v.16.September 1977, FamRZ 77, 700

Erster Bericht und Antrag des Rechtsausschusses (6.Ausschuß) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) (hier: Entwurf eines Gesetzes über den Ehe- und Familiennamen) - Drucksache 7/650: BT-Drucks. 7/3119

Esser, J. "Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht", JZ 53, 521 f.

ders., "Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts", Frankfurt 1956

ders., "Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung" Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, durchges. u.erg.Aufl., Frankfurt 1972

ders., "Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht", in: AcP 172 (1972), S.97 - 130

Fahr, U. "Die Neuregelung der Schlüsselgewalt durch das Gleichberechtigungsgesetz", Bielefeld 1962

II.Familienbericht der Bundesregierung, hrsg.v.Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit, Bonn-Bad Godesberg 1975

Feuerbach, Ritter v. "Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft", Landshut 1804

Finkelnburg, I., "Teilzeitbeschäftigung und Beurlaubung von Richterinnen", DRiZ 71, 367 ff.

Firkel, E., "Die selbstbewußte Frau" Zur Identitätskrise der Frau in der westlichen Welt, Frankfurt/M. 1976

Fischer, R. "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ein Rückblick auf die ersten 10 Jahre", Karlsruhe 1960

ders., "Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung", Karlsruhe 1971

Fischer-Eckert,Li "Die wirtschaftliche und soziale Lage der Frauen in dem modernen Industrieort Hamborn im Rheinland", Diss. Hagen 1930

Focke,K. "Frauen und Entwicklung" Standort und Perspektiven frauenrelevanter Entwicklungspolitik, in: Die neue Gesellschaft 1975, 9, S.744 - 747

Forsthoff,E. "Recht und Sprache", Prolegomena einer richterlichen Hermeneutik, Darmstadt1971

Franke, K. "Hat die monogame Ehe noch Zukunft?" in: Ruthe (Hrsg.) Ist die Ehe überholt? München 1972, S.39 ff

Frauenausschuß der IG Metall, Erklärung zur Reform des Eherechts, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.173

Freimuth/Jansen/Kurtenbach/Siekmann/Wolf, "Der Diskussionsentwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen", FamRZ'70, 431 ff.

Friedan, Betty "Der Weiblichkeitswahn oder die Selbstbefreiung der Frau" Ein Emanzipationskonzept, Reinbek bei Hamburg 1970

Friedman, L.M. "Einige Bemerkungen über eine allgemeine Theorie des rechtsrelevanten Verhaltens", in: Jb.f.Rsoz.u.Rth.III

Friesecke-Tackenberg,G. "Die negative Härteklausel im neuen Scheidungsfolgenrecht", FamRZ 72, 5

Friesenhahn, E. "Der Richter in unserer Zeit", DRiZ 69, 169 ff.

Fuhrer,E. "Die Kleinfamilie und ihre neuzeitlichen Alternativen" Vergleich in praktischer Hinsicht, in: Zs.f.ev.Ethik 75, S.88 - 101

Geiger, W. "Die Bewertung der Familie in der gesellschaftlichen Wirklichkeit und in der Verfassung", FamRZ 73, 225

Gernhuber, J. "Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung", FamRZ 58, 243

ders., "Neues Familienrecht", Tübingen 1977

ders., "Integrierte Billigkeit" Eine Skizze zur Billigkeit als Tatbestandselement von Normen, in: FS Tübingen, S.193 ff.

Gerstein, H."Studierende Mädchen" Zum Problem des vorzeitigen Abgangs von Universitäten, München 1965

Gesetzentwurf der Bundesregierung "Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) ", BT-Drucks. 7/650

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) und Verhandlungen im BR hierzu, BR-Drucks. 260/73

Gierke, v. "Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht", 2. Aufl., Leipzig 1889

Giesen,D. "Aktuelle Probleme einer Reform des Scheidungsrechts", Frankfurt 1971

ders., "Gleichberechtigungspostulat und Familienschutz im Erwerbsleben" in: FS Bosch, 1976, S.309 ff.

Giesen,D. "Familienrechtsreform zum Wohl des Kindes? ", FamRZ 77, 594 ff.

Giesen,D./Gick,D. "Ein Jahr neues Ehescheidungsrecht", JR 79, 1- 6 und 45 - 48

Gitter,W. "Die soziale Sicherung der "Nur-Hausfrau", FamRZ 74, 233 ff.

v.Godin, Freiherr, Buchbesprechung des Handkommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erman, JR 59, 118

Göppinger, H. "Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung", Die vertragliche Regelung der zivil-, steuer- und sozialrechtlichen Folgen, 3. Aufl., München 1978

Görgens, B. "Zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu den Härteklauseln im neuen Scheidungsrecht (insbes. zu §§ 1568, 1565 II BGB) ", FamRZ 78, 647

Goode, W.J. "Die Familie als Element der Sozialstruktur", in: Simitis/Zenz (Hrsg.), Seminar..., Bd.1, S. 64 - 69

Greer, G. "Der weibliche Eunuch", Frankfurt/M. 1977

Grüber, H.-B. "Zur Anwendbarkeit der Soziologie in der Jurisprudenz", JZ 74, 665

Gründler, G.E. "Die sonnige Rechtslage", in: Rotzoll (Hrsg.) Emanzipation und Ehe, München 1969, S.67 ff.

Grunenberg,N., "Die amerikanische Front ", in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.133 ff.

Grunsky,W. "Verfahrensrechtliche Probleme einer Ehescheidungsreform" in: Bogs u.a.(Hrsg.), Eherechtsreform, Frankfurt 1971,

Habermas,J. "Die bürgerliche Familie und die Institutionalisierung einer publikumsbezogenen Privatheit", in: Simitis/Zenz Seminar..., Bd.1, S.112 - 114

Habscheid, W.J. "Kritische Gedanken zur Rechtsprechung des BGH zu § 48 EheG", MDR 53, 337

ders., "Absolute oder relative Scheidungsgründe? ", FamRZ 54,7

ders., "Gleichberechtigung der Geschlechter" in: Staatslexikon, Sp. 974 ff.

ders., "Über Ehe und Recht", FamRZ 63, 415

ders., "Vermutungen im neuen Scheidungsrecht", in: FS Bosch, S.355 ff.

Haensch, D., "Zerschlagt die Kleinfamilie?" in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.363 ff.

Haffner, S. "Das Sterben der Ehe", in: Rotzoll, (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.10 ff.

Haidlen, "Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten", Stuttgart 1897

Hammer,S. "Töchter und Mütter" Über die Schwierigkeiten einer Beziehung, Frankfurt/M. 1978

Hartwieg,O./Rebe,B., "Familienrecht und Familiensoziologie", in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.17 - 68

Hattenhauer,H./Buschmann,A. "Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" - mit Übersetzungen -, München 1967

Hedemann, J.W. "Die Rechtsstellung der Frau", Berlin 1952

Heinsohn,G./Knieper,R. "Theorie des Familienrechts", Geschlechtsrollenaufhebung, Kindesvernachlässigung, Geburtenrückgang, Frankfurt/M. 1974

Heinz,G./Stillner,W. Urteilsanmerkung zu OLG Stuttgart, NJW 78, 52: NJW 78 430

Held,Ph.,"Gedanken zur Reform des Ehescheidungsrechts", FamRZ 70, 298

ders., "Reform des Scheidungsrechts", FamRZ 70, 509

ders., "Die Stellungnahme des Bundesrates zur Reform des Eherechts", FamRZ 71, 490

Heldrich, A. "Höchstrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels", in: Jb.f.Rsoz.u.Rtk. III,

Henke, W. "Jurisprudenz und Soziologie", JZ 74, 729

Henkel,H. "Ideologie und Recht", in: Recht und Staat, Heft 425/426, Tübingen 1973

Heusinger,B. "Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung", Köln..., 1975

Hiller,B./Knake,H. "Familie als Gegenstand sozialistischer Politik", in: Die neue Gesellschaft 1975, S.740 - 743

Hillermeier,K. "Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts aus der Sicht der Bundesratsvorschläge - Insbesondere deren Bedeutung für die Auslegung und Anwendung des neuen Rechts", FamRZ 76, 577

Hirsch, M. "Zum Stand der Diskussion über das Ehescheidungsrecht" ZRP 71, 82

Hobelmann,F. "Ausdehnung der Schlüsselgewalt durch das 1.Eherechts-Reformgesetz? ", FamRZ 71, 499

Höhn, Ch. "Einige Ergebnisse aus der Statistik der Ehescheidungen", StAZ 76, 304

Hoffmann-Bludau, B. "Die Neuordnung der ehelichen Unterhaltspflicht der Frau nach dem ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) ", Diss. Bonn 1975

Horkheimer,M. "Studien über Autorität und Familie", Paris 1936

ders., "Autorität und Familie" in: ders. "Traditionelle und kritische Theorie", Frankfurt /M. 1970

ders. "Autorität und Familie in der Gegenwart" in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.79 ff.

ders., "Autorität und Familie", in: Simitis/Zenz, Seminar..., Bd. 1 S. 83 - 94

Hübner, H. "Eheschließung und allgemeine Wirkungen der Ehe als dogmatisches Problem", FamRZ 62, 1

Hübner, K. "Gleiche Rechte für Mann und Frau, in: Beitzke/Hübner, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau (hrsg. v.Karl S. Bader), Tübingen 1950

Huhn, D. "Der Fall Familie" Recht und Unrecht einer bürgerlichen Einrichtung, Darmstadt und Neuwied 1977

Humanistische Union, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums zum Ehescheidungsrecht v. 29. Oktober 1970, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.159

dies. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen (RefE I), v.11.Januar 1971, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.161

Husserl, G. "Recht und Zeit", Frankfurt /M. 1955

Huxley, A. "Schöne neue Welt", 3.Aufl., Hamburg 1953

Institut für Sozialforschung, "Familie", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.63 ff.

Ipsen,H.-P. "Gleichheit", in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd.II, 2.Aufl., Berlin 1968, S. 111 ff.

Jahn,G. "Warum Reform des Eherechts? ", in: Tatsachen und Argumente Nr.300, Bonn 1970

Janssen - Jurreit, M. "Sexismus", Über die Abtreibung der Frauenfrage, Frankfurt/M. 1979

Jhering, R.von "Der Zweck im Recht" 2 Bde, Leipzig 1877 u. 1883

Jochimsen, Luc "Frauen in der Bundesrepublik: die Mehrheit, die sich wie eine Minderheit verhält", in: Enzensberger,M. (hrsg.), Kursbuch 17, 1969, S.90 ff.

Jung, C.G., "Die Frau in Europa", Zürich 1965

Just, H. "Für ein neues Ehescheidungsrecht", in: Wassermann,(Hrsg Justizreform

Just-Dahlmann, B., "Von den Schwierigkeiten zwischen dem Gesetzgeber und den Richtern", in: Wassermann, Justizreform

Kaiser,J."Die überwältigende Verlegenheit", in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, 1969, S.145 ff.

Kalkbrenner, H. "Verfassungsauftrag und Verpflichtung des Gesetzgebers" in: DÖV 63, 41 ff.

Kaupen, W., "Zur Soziologie der deutschen Juristen", in: Recht und Politik 2/1966, S.21

ders., "Der soziale Standort der Juristenschaft", in: Das Rechtswesen, München 1971

ders., "Die Grenzen des Rechts als Mittel gesellschaftlicher Gestaltung", in: Recht und Politik 1975, 5 Vorträge, Wien 1975, S.33 - 42

Kelsen, H. "Reine Rechtslehre", Wien 1934

Kempken, J. "Probleme der 'einverständlichen Scheidung' in der Praxis", DRiZ 78, 51 f.

Kentler,H. "Die Wohngruppe", in: Ruthe (Hrsg.), Ist die Ehe überholt?, München 1072, S.92 ff.

Kerimov, D.A., "Sozialplanung und Recht: Aus den Erfahrungen der sozialrechtlichen Forschung", in: Staat und Recht 18 (1969), S.633 - 640

Kissel, O.R., "Ehe und Ehescheidung", Bd.I, Frankfurt 1977

ders., "Ein Jahr Eherechtsreform", DRiZ 78, 225 - 229

Kloepfer, M.,"Vorwirkungen von Gesetzen", München 1974

Kluth, H. "Ehe als Lebensform und Aufgabe" , FamRZ 56, 210

Kniebes, S., "Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG)", DRiZ 76, 325

Knoepfel, G., "Die Gleichberechtigung von Mann und Frau", (Ein Beitrag zur Auslegung von Art.3 II GG), NJW 60, 553 ff.

König, R. "Ehe und Ehescheidung", in: Bernsdorf, W. (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie, Stuttgart 1969, S.207

ders., "Alte Probleme und neue Fragen in der Familiensoziologie" in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.123 ff.

ders., "Die Familie der Gegenwart", Ein interkultureller Vergleich, München 1974

ders./Kaupen,W., "Ideologie und Recht" Soziologische Anmerkungen zum Thema, in: Maihofer, (Hrsg.), Ideologie und Recht, Frankfurt 1969

Königsteiner Manifest des Aktionskomitesse Justizreform, in: Wassermann (Hrsg.), Justizreform, S.178

Kommissariat der deutschen Bischöfe, "Erwägungen zur Reform des zivilen Scheidungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland" Bonn 1970

dass., "Thesen zur Reform des staatlichen Scheidungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland" in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.123

Kraeling, W. "Wie man in einer Gruppenehe lebt", in: Ruthe (Hrsg.) Ist die Ehe überholt?, München 1972, S.104 ff.

Kramer,R., "Zur Situation der Frau", in: Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 1975, S.382 - 384

Krauss, G., "Das Gleichberechtigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts", in: FamRZ 54, 61

Kropholler, J., "Gleichberechtigung durch Richterrecht", Erfahrungen im Familienrecht - Perspektiven im internationalen Privatrecht, Bielefeld 1975

Krüger,U., "Der Adressat des Rechtsgesetzes", Berlin 1969

Kruse, H.W., "Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts", in: Recht und Staat Heft 396, Tübingen 1971

Kühn, E., "Scheidungsrecht in rechtspolitischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive", ZRP 75, 163

dies., "Das Verhältnis von Rechtspolitik, Wissenschaft und Praxis", in: Kühn/Tourneau (Hrsg.), Familienrechtsreform..., S.1 - 6

Kulcsár, K., "Sozialer Wandel und die Mitwirkung des Laienelementes in der Rechtspflege", in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, Düsseldorf 1972

Kurr,J., "Vertragliches 'Einvernehmen' der Ehegatten gem. § 1356 Abs.1 S.1 BGB?", FamRZ 78,2

Lange, Hermann , "Zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) ", FamRZ 71, 481 ff.

ders., "Die Folgen der Ehescheidung im Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts", FamRZ 72, 225 ff.

ders., "Zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) v.1.6.1973", FamRZ 73, 580 ff.

ders., "Das neue Eherecht", JuS 76, 684

ders., "Kontinuität und Diskontinuität in der Entwicklung des Familienrechts", in: FS Tübingen, S.355 ff.

Langenfeld, G., "Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich in der Praxis", NJW 78, 1503

Langkeit, H., "Empfiehlt es sich , die gesetzlichen Vorschriften über die soziale Sicherung der nicht berufstätigen Frau während und nach der Ehe, insbesondere im Falle der Scheidung, zu ändern? ", Gutachten für den 47. Dt. Juristentag, München 1968

Larenz,K., "Zur Institution Ehe". Eine Erwiderung, JZ 68, 96

ders., "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", 4.Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979

Lautmann, R., "Abbau von Vorurteilen durch Gesetze", in: Jb.f. Rsoz.u.Rth. III, Düsseldorf 1972

Lecheler, H., "Der Schutz der Familie", Fehlentwicklungen bei der Konkretisierung eines Grundrechts, FamRZ 79,1

Leibholz,G., "Die Gleichheit vor dem Gesetz", Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage, 2.Aufl., München, Berlin 1959

Leisner, W. "Effizienz als Rechtsprinzip", Tübingen 1971

Leitlinien zum Unterhaltsrecht der Familiensenate des OLG Hamm, FamRZ 78, 849

Lengwinat,K./Panzer,W./Pflicker,G., "Grundfragen der rechtlichen Gestaltung der sozialistischen Planung" in: Staat u. Recht 21 (1972), S.5 - 19

Less,G., "Vom Wesen und Wert des Richterrechts", Erlangen 1954

Leudesdorff, René, "Die Zukunft der Ehe- die Ehe der Zukunft", in: Ruthe (Hrsg.), Ist die Ehe überholt? München 1972, S. 16 ff.

Lidz, Th., "Familienorganisation und Persönlichkeitsstruktur", in: Simitis/Zenz (Hrsg.), Seminar..., Bd.1, S.77 - 82

Lucas,E., "Märzrevolution 1920" 2.Bd.: Der bewaffnete Arbeiteraufstand im Ruhrgebiet in seiner inneren Struktur und in seinem Verhältnis zu den Klassenkämpfen in den verschiedenen Regionen des Reiches, Frankfurt/M. 1973

Lüderitz,A. Buchbesprechung der 19.Aufl. v. Beitzkes Familienrecht, NJW 78, 691

Lüke, G., "Erste Gerichtsentscheidungen zum neuen Ehescheidungsrecht", NJW 78, 139

ders., "Die persönlichen Ehewirkungen und die Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe- und Familienrecht", in: FS Bosch, S. 627 ff.

Luhmann,N., "Funktionen und Folgen formaler Organisation", Berlin 1964

ders., "Öffentlichrechtliche Entschädigung, rechtspolitisch betrachtet", Berlin 1965

ders., "Grundrechte als Institution" Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.24, Berlin 1965

ders., "Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? " in: Archiv f.Rechts- und Sozialphilosophie 1974, Beiheft 8, S.31 - 45

ders., "Legitimation durch Verfahren", Darmstadt, Neuwied, 2. Aufl., 1975

Macciocchi, M.-A., "Jungfrauen, Mütter und ein Führer" Frauen im Faschismus, Berlin 1976

Maihofer,W.,(Hrsg.) "Ideologie und Recht", Frankfurt 1969

ders., "Ideologie und Naturrecht", in: ders. (Hrsg.) Ideologie und Recht, Frankfurt 1969

ders., "Gesetzgebung und Rechtsprechung im Spannungsfeld von Staat und Gesellschaft", in: Das Rechtswesen, München 1971

v.Mangoldt,H., "Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes", AöR 75, 273

Mantell, D.M., "Familie und Aggression" Zur Einübung von Gewalt u. Gewaltlosigkeit, Frankfurt /M. 1972

Marx,E. "Die Frau in der modernen Gesellschaft" Zum Verständnis einer Wandlung, Essen 1972

Marty,V., "Die politische Gleichberechtigung von Mann und Frau nach deutschem und schweizerischem Recht", Diss.Zürich 1965

Massfeller,F./Reinicke,D., "Das Gleichberechtigungsgesetz mit Erläuterungen", Köln - Berlin 1958

Maunz,Th., "Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie (Art.6 GG) ", FamRZ 56, 1

ders., "Deutsches Staatsrecht", 18.Aufl., München 1971 und 22. neubearbeitete Aufl., München 1978

v.Maydell, B. "Der Versorgungsausgleich", FamRZ 77, 172

Mayer-Maly,Th., "Die politische Funktion der Rechtsprechung in einer pluralen Gesellschaft", DRiZ 71, 325 ff.

ders., "Rechtswissenschaft", Darmstadt, 1973

Mead, M., "Mann und Weib" Das Verhältnis der Geschlechter in einer sich wandelnden Welt. Gekürzte Sonderausgabe für Rowohlts deutsche Enzyklopädie", Hamburg 1977

Meinhof, U.M. "Falsches Bewußtsein", in: Rotzoll (Hrsg.) Emanzipation und Ehe, München 1969, S.31 ff.

Menger,A., "Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen", 4.Aufl. Tübingen 1908

Menschik,J., "Gleichberechtigung oder Emanzipation?", überarb. Aufl., Frankfurt/M. 1976

dies.,"Feminismus". Geschichte, Theorie, Praxis, Köln 1977

dies., (Hrsg.), "Grundlagentexte zur Emanzipation der Frau", 2.Aufl., Köln 1977

dies./Leopold,E., "Gretchens rote Schwestern", Frauen in der DDR, Frankfurt/M. 1974

Mergenthaler,E., "Heiraten und prellen? " (Zum neuen Ehenamensrecht), FamRZ 78,4

Mikat,P., "Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip", FamRZ 62, 81; 273; 497; 63, 65

ders., "Möglichkeiten und Grenzen einer Leitbildfunktion des bürgerlichen Ehescheidungsrechts", Paderborn 1969

ders., "Scheidungsrechtsreform in einer pluralistischen Gesellschaft", FamRZ 70, 333

ders., "Zum Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts", FamRZ 72, 1 ff.

Molitor,E./Schlosser,H. , "Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte", Karlsruhe 1975

Morgan, E., "Der Mythos vom schwachen Geschlecht".Wie die Frauen wurden, was sie sind. Frankfurt/M. 1975

Müller,W. "Zwischenbilanz zum Versorgungsausgleich", NJW 78,2273

Müller-Freienfels,W., "Ehe und Recht", Tübingen 1962

ders., "Zur Kodifikation des Familienrechts", in: Simitis/Zenz, Seminar..., Bd.1, S.126 - 131

ders., "Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln? ", Referat beim 48.Dt.Juristentag, Bd.II, M 9 ff.

Mugdan,B."Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich", Bd.IV Familienrecht, Bd.III Sachenrecht, Berlin 1899

Naumann,K. "Die ethische Funktion des Rechts in der demokratischen Gesellschaft", in: Der Rechtspfleger in Europa, 1973, S.32 - 39

Neises,G., "Die Hausfrau und Mutter im System unserer sozialen Sicherheit - eine große soziale Ungerechtigkeit" in: Zeitschrift für Sozialhilfe 1975, 10, S.308 - 309

v.Nell-Breuning, O., "Katholische Kirche und zivile Ehescheidung", in: Bogs. u.a.(Hrsg.), Eherechtsreform, Frankfurt 1971.

Neuhaus, P.H., "Was heißt'Zerrüttung der Ehe'?" Eine terminologische Studie, FamRZ 68, 57 ff.

ders., "Ehescheidungsreform" (Zum 1.Teilbericht der Eherechtskommission beim Bundesjustizministerium v.8.5.1970...), FamRZ 70, 348

ders., "Wann ist die Ehe zerrüttet? ", ZRP 1972, 155

Neumann,F.L./Nipperdey,H.C./Scheuner,U., "Die Grundrechte", Bd.II Die Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin 1954

Noelle, E., "Öffentliche Meinung und Soziale Kontrolle", in: Recht und Staat, Heft 329, Tübingen 1966

Noll, P., "Ideologie und Gesetzgebung", in: Maihofer, (Hrsg.), Ideologie und Recht, Frankfurt 1968

ders., "Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen", in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, Düsseldorf 1972

ders., "Gesetzgebungslehre", Reinbek bei Hamburg 1973

Odin, K.-A., "Die kranke Ehe", FamRZ 78,1

Ott,C., "Die soziale Effektivität des Rechts bei der politischen Kontrolle der Wirtschaft", in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, Düsseldorf 1972

Ott,M., "Treu und Glauben im Scheidungsfolgenrecht", FamRZ 71, 500

Otto,G., "Kirche und Eherecht" (Buchbericht), FamRZ 76, 18

Ottwalt,E., "Denn sie wissen, was sie tun", Neuauflage des 1931 erstmals erschienenen Romans, Berlin 1978

Panzer,W./Penig,L., "Die rechtliche Regelung der Planung durch Normative als Bestandteil des sozialistischen Planungssystems", in: Staat und Recht 19 (1970), S.1080 - 1098

Pappai,F., "Eigenständige soziale Sicherung der Frau" in: Die Rentenversicherung 1973, 161

Parche, H., "Aus der neueren Rechtsprechung zum Ehe- und Familienrecht", NJW 79, 139

Pastor,W.L., "Die Prozeßkostenvorschußpflicht der Ehegatten nach dem Gleichberechtigungsgesetz", FamRZ 58, 298

Persson Blegvad,B.-M./Møller Nielsen,J., "Recht als Mittel sozialen Wandels" in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, Düsseldorf 1972

Peterseim,A., "Schlüsselgewalt und Gleichberechtigung", FamRZ 58, 169

Pfeil,E., "Die Großstadtfamilie", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.144 ff.

dies., "Familiengründung und Vorstellungen vom Familienleben", in: Simitis/Zenz, Seminar...,`Bd. 1, S.230 - 241

Pieper,B./Pieper,M., "Familie: Stabilität und Veränderung", München 1975

Pizzey,E., "Schrei leise" Mißhandlungen in der Familie, Frankfurt 1978

Planck,U., "Die Landfamilie in der Bundesrepublik Deutschland", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.169 ff.

Plat,W., "Die Familie in der DDR", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.375 ff.

Podlech,A.,"Wertungen und Werte im Recht", in: AöR 95 (1970), S.185 - 223

Pross,H., "Über die Bildungschancen von Mädchen in der Bundesrepublik", Frankfurt/M. 1969

dies., "Gleichberechtigung im Beruf? " Eine Untersuchung mit 7000 Arbeitnehmerinnen in der EWG, Frankfurt/M. 1973

dies., "Die Wirklichkeit der Hausfrau" Die erste repräsentative Untersuchung über nichterwerbstätige Ehefrauen: Wie leben sie? Wie denken sie? Wie sehen sie sich selbst?, Reinbek bei Hamburg, 1974

dies., "Die Männer" Eine repräsentative Untersuchung über die Selbstbilder von Männern und ihre Bilder von der Frau, Reinbek bei Hamburg 1978

Radbruch,G., "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", SJZ 1946, 105

Raiser,Th., "Sozialer Wandel durch Recht, dargestellt am Beispiel der Aktiengesellschaft", in: Jb.f.Rsoz.u.Rth.III, Düsseldorf 1972, S.409 ff.

Ramm,Th., "Gleichberechtigung und Ehe- und Familienname", FamRZ 62, 281

ders., "Familienname und Grundgesetz", FamRZ 63, 337

ders., "Gleichberechtigung und Hausfrauenehe", JZ 68, 41 ff. u. 90 ff.

ders., "Grundgesetz und Eherecht", Tübingen 1972

ders., "Der Funktionswandel der Ehe und das Recht", JZ 75, 505

Rasehorn, Th., "Was formt den Richter?"Über den soziologischen Hintergrund des Richters in der Bundesrepublik in: Böhme, (Hrsg.), Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung, Karlsruhe 1968

ders., "Über gesellschaftliche und psychologische Abhängigkeiten des Richters", NJW 68, 2370

ders., "Über den langen Marsch des kritischen Denkens durch die Institutionen der Justiz", in: Wassermann (Hrsg.), Justizreform, Neuwied, 1970, S.32 - 51

ders., "Das Übergewicht des Formalen in der Rechtsprechung" in: Das Rechtswesen, München 1971

ders., "Von der Ohnmacht der Rechtspflege und der Macht der Juristen", ZRP 78, 1

Rechtsausschuß der Evangelischen Frauenarbeit in Deutschland, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.112-120

Rechtsausschuß des Deutschen Frauenrings, Thesen zur Reform des Scheidungsrechts v. Dezember 1970, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.217

Redeker, K., "Notwendigkeit und rechtliche Gestaltungsmöglichkeit von Parlamentsbeauftragten in Deutschland", NJW 67, 1298

Rehbinder,M. "Die Diskriminierung: Ihre Ursachen und ihre Bekämpfung" in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 15 (1963), S.6 - 23

ders., "Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Probleme der Rechtspolitik", in: Jb.f.Rsoz.u.Rth.III, Düsseldorf 1972

Reumann, K., "Richtige Familienpolitik - oberstes Gebot" Bildungspolitik auf tönernen Füßen, FamRZ 75, 437

Rheinstein,M., "Marriage Stability, Divorce and the Law", Chicago 1972

Richter,H.-E., "Konflikte und Krankheiten der Frau", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.293 ff.

Richter,W., "Die Rolle des Richters in unserer Zeit", JZ 74, 345

Ridder,H., "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" Ein Plädoyer, in: FS Leibholz, Bd.2, 1966, S.219 - 236

Riehl, W.H., "Die Geschichte von Eisele und Beisele", Stuttgart Augsburg 1848

Ries,U., "Berufstätigkeit der Frau: Chance zur Emanzipation",in: Die neue Gesellschaft 1975, S. 735 - 739

Rödig,J. (Hrsg.), "Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung", Berlin,Heidelberg, New York 1976

Röhricht,R., "Der evangelische Entwurf der Ehe im 20.Jahrhundert" in: Ruthe (Hrsg.) Ist die Ehe überholt? München 1972, S. 140 ff.

Röper,G./Röper,E., "Aspekte zur Struktur der heutigen Familie", FamRZ 76, 513

Roether,J."Ehe- und Scheidungskonflikte", in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., Bielefeld 1978, S.121 - 141

Roth,G., "Unterhalt nach Scheidung unabhängig vom Verschulden?", FamRZ 70, 110

Roth,H., "Muß die Ehe geschützt werden?" in: Ruthe (Hrsg.), Ist die Ehe überholt? München 1972, S. 86 ff.

Roth-Stielow,K., "Scheidungsantrag als Rechtsmißbrauch", FamRZ 77, 766

Rotter,F., "Verfassungsrechtliche Möglichkeiten der Institutionalisierung sozialen Wandels - Ein wirtschafts- und ein kommunikationssoziologisches Beispiel", in: Jb.f.Rsoz.u. Rth. III, Düsseldorf 1972

Rotzoll,Ch.(Hrsg.), "Zehn Antworten auf eine heikle Frage", München 1969

Ruland,F. "Der Versorgungsausgleich", NJW 76,1713

Russell,B., "Ehe und Moral", Stuttgart 1951

Ruthe,D., "Die Neuordnung des Namensrechts", FamRZ 76, 409

Ruthe,R., (Hrsg.), "Ist die Ehe überholt? ", München 1972

ders., "Gesunde Ehen - gesunde Kinder " in: Ruthe (Hrsg.) Ist die Ehe überholt? München 1972, S. 66 ff.

Ryffel,H., "Bedingende Faktoren der Effektivität des Rechts" in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, Düsseldorf 1972

Saller,K., "Die biologischen Grundlagen", in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, München 1969, S.49 ff.

Savigny, Fr.C.von, "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", 3. Aufl., Heidelberg 1840

ders., "Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform", 1844, abgedruckt in: Vermischte Schriften von Friedrich Carl v.Savigny, Bd. V, Berlin 1850, S.222 ff.

Scheffler,E., "Ehe und Familie", in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd.IV, 1, Berlin 1960, S.245 - 323

dies., "Die Stellung der Frau in Familie und Gesellschaft im Wandel der Rechtsordnung seit 1918", Frankfurt/M.,Berlin 1970

Scheld, R. "Richterliche Gleichberechtigung?", JZ 53, 450

ders., "Unterhaltsversagung wegen grober Unbilligkeit" Einige Überlegungen zur Anwendung von § 1579 I Nr.4 BGB, FamRZ 78, 651

Schelsky,H., "Soziologie der Sexualität", Hamburg 1955

ders., "Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart: Darstellung und Deutung einer empirisch-soziologischen Tatbestandsaufnahme", 4.Aufl., Stuttgart 1960

ders., "Das Ihering-Modell des sozialen Wandels durch Recht" Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag, in: Jb.f.Rsoz. u.Rth. III, Düsseldorf 1972

ders., "Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen", JZ 74, 410

Scheu,U."Wir werden nicht als Mädchen geboren - wir werden dazu gemacht" Zur frühkindlichen Erziehung in unserer Gesellschaft, Frankfurt/M. 1978

Scheuner,U., "Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit", DÖV 60, 601

Schmid,R., "Weltanschauliche Hintergründe in der Strafrechtsprechung", in: Böhme (Hrsg.), Weltanschauliche Hintergründe in der Rechtsprechung, Karlsruhe 1968

ders., "Befangenheit aus Weltanschauung und sozialem Standort im öffentlichen, Privat- und Arbeitrecht", in: Das Rechtswesen, München 1971

Schnapp, Fr.E., "Zur Gleichstellung der Frau im Arbeits- und Sozialrecht", JR 74, 316 ff.

Schneider,E., "Der mögliche Einfluß von Soziologie und Psychologie auf den Entscheidungsvorgang des Richters", DRiZ 75, 265

Schneider,H., "Zwischenbilanz im Gleichberechtigungsstreit", JZ 53, 590

Schneider, H.-P., "Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht", Frankfurt 1969

Schröder,H.J., "Zur Erfolgskontrolle der Gesetzgebung", in: Jb.f.Rsoz.u.Rth. III, Düsseldorf, 1972

Schröder,R., "Einverständliche Scheidung ohne einjährige Trennung? ", FamRZ 77, 767

Schumacher,K. "Geschiedenenunterhalt nach dem 1.Eherechtsreformgesetz", MDR 76, 881

Schuyt,C.J.M./Ruys,J.C.M., "Die Einstellung gegenüber neuen sozialökonomischen Gesetzen" Eine Vorher-nachher-Untersuchung normativer Wirkungen der Einführung der Mehrwertsteuer, inJb.f.Rsoz.u.Rth. III, Düsseldorf, 1972

Schwab,D., "Probleme des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung", in: Bogs u.a.(Hrsg.), Eherechtsreform, Frankfurt 1971

ders.,"Zur Reform des Ehescheidungsrechts", in: Engler/Schwab, Beiträge zur Familienrechtsreform, Paderborn 1974

ders.,"Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie", in: FS Bosch, S.893 ff.

ders.,"Das Recht der Ehescheidung nach dem 1.EheRG:Die Scheidungsgründe", FamRZ 76, 491

ders.,"Handbuch des Scheidungsrechts", München 1977

ders.,"Verfassungswidrigkeit des Versorgungsausgleichs?", FamRZ 77, 768

ders.,"Probleme des materiellen Scheidungsrechts", FamRZ 79, 14

Schwab,K.-H., "Der Wandel der Ordnung im Familienrecht" in: FS Nüchterlein 1978, S.303 - 326

Schwägler,G., "Anfänge einer Familiensoziologie bei Wilhelm Heinrich Riehl und Frédéric Le Play", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.15 ff.

Schwarz,K., "Die Bevölkerungsentwicklung in der Welt, in Europa und in der Bundesrepublik", StAZ 76, 243 - 245

Schwarzer,A., "Der 'kleine Unterschied' und seine großen Folgen." Frauen über sich. Beginn einer Befreiung, erweiterte und aktualisierte Ausgabe, Frankfurt 1977

Schwarzhaupt,E., "Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen", FamRZ 57,33 ff., 65 ff.

Schwind,F., "Ehe und Recht", in: FS Bosch, S.919 ff.

ders., "Prinzipien eines europäischen Eherechts", in: FS Broda, S. 301 ff.

Sedemund-Treiber,A., "Die Schaffung von Familiengerichten und das Verfahren vor dem Familiengericht nach dem Ersten Eherechtsreformgesetz", DRiZ 76, 331

Simitis,Sp., "Zur Reform des Scheidungsrechts", ZRP 71, 38

ders., "Zur Situation des Familienrechts- Über einige Prämissen" in: Simitis/Zenz, Seminar..., Bd.1, S.15 - 61

ders., "Familienstruktur und Familienverfassung", in: Simitis/Zenz, Seminar..., Bd. 1, S.120 - 125

ders.,"Zum Strukturwandel des Familienrechts", in: Simitis/Zenz, Seminar..., Bd.1, S.132 - 136

Sozialenquête, (Bogs,Achinger,Meinhold,Neundörfer u.Schreiber) 1966, Bd.1, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz

Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Heiratstafeln für Ledige, Verwitwete und Geschiedene,1960/62, Stuttgart, Mainz 1963

Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Die Frau in Familie, Beruf und Gesellschaft, Stuttgart, Mainz 1975

Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart, Mainz 1977

Stenographischer Bericht der 40.Sitzung des Deutschen Bundestages v. 8.Juni 1973

Stenographischer Bericht von der 235. Sitzung des Deutschen Bundestages v. 8.4.76

Stolte-Adelt,G., "Sechs junge Leute proben die Großfamilie", in: Ruthe (Hrsg.) Ist die Ehe überholt? München 1972, S.111 ff.

Streck,M., "Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehewirkungen", Diss.Bonn 1970

Struck,G., "§ 1357 BGB (Schlüsselgewalt) verstößt gegen ARt.6 GG", MDR 75, 449

Sturm,F., "Verfremdete Ausbildungsinhalte", JZ 75, 203

Sullerot,E., "Die Frau in der modernen Gesellschaft", München 1971

Tenbruck,Fr.H., "Zur Kritik der planenden Vernunft", Freiburg 1972

Theweleit,K., "Männerphantasien", Bd.1: Frauen, Fluten, Körper, Geschichte, Frankfurt/M. 1977; Bd.2: Männerkörper, Zur Psychoanalyse des weißen Terrors, Frankfurt/M. 1978

Tönnis,B., "Sprengstoff für die Familie", in: Rotzoll (Hrsg.), Emanzipation und Ehe, München 1969, S.82 ff.

Tourneau, I., "Jenseits des Rechts", in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S. 7 - 15

Unterrichtung durch den Bundesrat betr.Gesetz über den Ehe- und Familiennamen - aus Drucks. 7/650, Drucks.7/3119 - hier: Anrufung des Vermittlungsausschuß, BT-Drucks. 7/3268

v.Ussel,J. , "Die Kleinfamilie", in: Claessens/Milhoffer, Familiensoziologie, S.95 ff.

Vogel,H.-J. "Die rechtspolitischen und rechtsethischen Grundgedanken der Eherechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland", in: FS Broda, S.405 ff.

ders.,H.-J. "Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.Juni 1976 (1.EheRG)", FamRZ 76, 481

Vorschläge zur Reform des Verfahrensrechts in Ehesachen, vorgelegt von der Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, FamRZ 70, 429

Voskuhl,U. "Der Versorgungsausgleich bei Ehescheidung", DRiZ 76, 338

Wacke, A., "Änderungen der allgemeinen Ehewirkungen durch das 1.EheRG" , FamRZ 77, 505

Waller-Döhner,B./Kulms,A./Höh,R., "Soziologie der Scheidung" Ergebnisse einer empirischen Untersuchung , in: Kühn/Tourneau, Familienrechtsreform..., S.81-101

Walter,R., "Die Lehre von der Gesetzgebungstechnik", Österreichische Juristenzeitung 1963, S.85 - 90

Weber,Marianne, "Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung", Tübingen 1907

Weber-Kellermann,I. "Die deutsche Familie" Versuch einer Sozialgeschichte, 3.Aufl., Frankfurt/M. 1977

Weinkauff,H.,"Zwang zur Ehe?", JZ 68, 15

Wenzel,R. "1975 - Internationales Jahr der Frau. Zur Verwirklichung der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Ehe und Familie", in: Staat und Recht 1975, S.946 - 956

Westphalen,Graf E.von, "Die 'angemessene Erwerbstätigkeit' (§ 1574 BGB) u. die 'ehelichen Lebensverhältnisse' (§§ 1574 II, 1578 I BGB)", DRiZ 78, 235 f.

Wex,H., "Der Mannheimer Parteitag diskutiert die Situation der Frau in unserer Gesellschaft " in: Deutschland-Union-Dienst 1975, 115, S.1 - 4

Weychardt,D."Hilft die Soziologie der richterlichen Entscheidung ?", DRiZ 74, 325

Wieacker,F., "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit", 2.Aufl., Göttingen 1969

Wiethölter,R., "Die Wirtschaftspraxis als Rechtsquelle", in: Das Rechtswesen, München 1971

ders., "Rechtswissenschaft", Frankfurt 1968

Wilhelm, B., "Zwang zur Ehescheidung im Beamtenrecht?" FamRZ 63, 330

Wolf,E., "Zwang zur Ehe", JZ 67, 659

ders., "Zur Institution Ehe", JZ 67, 749 ff.

ders., "Der Begriff Familienrecht", FamRZ 68, 493

ders., "Ehe, Zerrüttung und Verschulden", NJW 68, 1497

ders., "Dogmatische Grundlagen einer Reform des Ehescheidungsrechts", JZ 70, 441

ders., "Nochmals: Grundgesetz und Eherecht", JZ 74, 17

Wolf,E./Düke,G./Hax,H. "Scheidung und Scheidungsrecht, Grundfragen der Ehescheidung in Deutschland", Tübingen 1959

Wurzbacher,G., "Leitbilder gegenwärtigen deutschen Familienlebens", 4.Aufl., Stuttgart 1969

Wurzbacher,G./Cyprian,G. "Ehe und Ehescheidung in soziologischer Sicht", in: Bogs u.a.(Hrsg.), Eherechtsreform , Frankfurt 1971

Zacher,H.F., "Zur 'sozialen Biographie' der Frau", in: Simtis/Zenz, Seminar..., Bd.1, S.274 - 278

Zentralkomitee der deutschen Katholiken, Stellungnahme zur Reform des Ehescheidungsrechts v.30.Oktober 1970, in: v. Münch, Aktuelle Dokumente, S.120

Zentralkomitee der deutschen Katholiken, Zweite Stellungnahme zur Reform des staatlichen Ehescheidungsrechts v.9.März

1971, in: v.Münch, Aktuelle Dokumente, S.121

Zetkin,C., "Zur Geschichte der proletarischen Frauenbewegung", Frankfurt 1971

Zitelmann,E., "Die Kunst der Gesetzgebung", Dresden 1904

Zöllner,W., "Recht und Politik" Zur politischen Dimension der Rechtsanwendung, in: FS Tübingen 1977 , S.131 ff.

Zur Reform des Ehescheidungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Eine Denkschrift der Familienrechtskommission der Evangelischen Kirche in Deutschland, Gütersloh, 1969

Zweigert,K. "Gleichberechtigung - judge made?", JZ 53, 248

Zweiter Bericht und Antrag des Rechtsausschusses (6.Ausschuß) zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) - Drucksache 7/650 -, BT-Drucks.7/4361

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

Ambrock = Ambrock, E. "Ehe und Ehescheidung" Kommentar zu den Vorschriften des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts, Berlin, New York 1977

BACDJ = Fachkommission "Eherecht" des Bundesarbeitskreises Christlich-Demokratischer Juristen (BACDJ), "Zur geplanten Neuordnung des Ehescheidungsrechts", FamRZ 70, 301

Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch = Bastian,G./Roth-Stielow,K./Schmeiduch,D./ Klinkhardt,V./Körber,K.-O./Mischke,G./Mittelhausen,B./Tüttenberg,H.-P., "1.EheRG. Das neue Ehe- und Scheidungsrecht", Kommentar , Stuttgart, Berlin,Köln, Mainz, 1978

Bergerfurth,Eherecht = Bergerfurth,B. "Das Eherecht", Eingehen und Auflösen der Ehe, Güterstand, Schlüsselgewalt, 5.neubearbeitete Aufl., Freiburg i.Br. 1977

Claessens/Milhoffer,Familiensoziologie = Claessens,D./Milhoffer,P (Hrsg),Familiensoziologie. Ein Reader als Einführung, Frankfurt 1973

Das Rechtswesen, = Das Rechtswesen, Lenker oder Spiegel der Gesellschaft? 12 Beiträge nach einer Sendereihe des "Studio Heidelberg" (Bockelmann u.a.), München 1971

DiskE = Diskussionsentwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz, Bonn 1970

Dölle,Familienrecht = Dölle,H. "Familienrecht", Bd.1, Karlsruhe 1964

Enquête-Kommission, = Zwischenbericht der Enquête-Kommission Frau und Gesellschaft gem. Beschluß des Deutschen Bundestages - Drucks. 7/1148: BT-Drucks. 7/5866

ERK = Eherechtskommission beim Bundesjustizministerium. Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung , Bielefeld 1970

Blätter, = Menschik,J./Hervé,Fl./v.Holt,A. "Drei Beiträge zum Thema 'Gleichberechtigung - aber wie? '" in: Blätter für deutsche und internationale Politik, 5/76, S.573 ff.

FS Bosch = Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65.Geburtstag, hrsg. v. Habscheid/Gaul/Mikat, Bielefeld 1976

FS Broda = Festschrift für Christian Broda zum 60.Geburtstag, hrsg. v. Michael Neider, Wien 1976

FS Hedemann = Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80Geburtstag "Recht und Wirtschaft", hrsg. v. Lehmann/Nipperdey, Berlin 1958

FS Leibholz = "Die moderne Demokratie und ihr Recht", Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65.Geburtstag, Bd.2 Staats- und Verfassungsrecht, Tübingen 1966

FS Nüchterlein = Festschrift für den scheidenden Präsidenten des OLG Nürnberg, München, Nürnberg 1978

FS Tübingen = "Tradition und Fortschritt im Recht", Festschrift , gewidmet der Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500jährigen Bestehen 1977 von ihren gegenwärtigen Mitgliedern; in deren Auftrag hrsg. v. Joachim Gernhuber, Tübingen 1977

Gernhuber,Familienrecht = "Lehrbuch des Familienrechts", 2. Aufl., München 1971

Giesen,Ehe, Familie und Erwerbsleben = Giesen,D. "Ehe, Familie und Erwerbsleben - Überlegungen zum Schutz von Ehe und Familie und zur Gleichberechtigung der Geschlechter im Erwerbsleben im Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsanspruch und sozialer Wirklichkeit", Paderborn 1977

Jb.f.Rsoz.u.Rth.III = "Zur Effektivität des Rechts", Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd.III, Düsseldorf, 1972

JöR NF 1 = Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Neue Folge, Bd.1, "Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes", hrsg.v. Gerhard Leibholz u. Hermann v. Mangoldt, Köln1951

Kühn/Tourneau,Familienrechtsreform..., = Kühn,E./Tourneau,I. (Hrsg.) "Familienrechtsreform - Chance einer besseren Wirklichkeit? ", Bielefeld 1978

Langkeit,H. "Empfiehlt es sich, die gesetzlichen Vorschriften über die soziale Sicherung der nicht berufstätigen Frau während und nach der Ehe, insbesondere im Falle der Scheidung, zu ändern? ", Gutachten für den 47.Dt.Juristentag, München 1968

Leibholz/Rinck = Leibholz,G./Rinck,H.-J., "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland" Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5.überarbeitete u.erweiterte Auflage, Köln 1975

Lieb,Ehegattenmitarbeit = Lieb,M. "Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand" - Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfortbildung im Familienrecht, Tübingen 1970

Löwisch,50DJT = Löwisch,M./Gitter,W./Mennel,A., "Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten? " Gutachten für den 50.DJT, München 1974, Verhandlungen, Bd.I, Teil D

Lüderitz, 48.DJT = Lüderitz,A.,"Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neue zu regeln? " Gutachten für den 48.Dt.Juristentag in Bd.I, Teil B

Maier-Reimer,48.DJT = Maier-Reimer,H. "Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln?"Gutachten für den 48. Dt. Juristentag, Verhandlungen, Bd.I, Teil A

v.Mangoldt/Klein = v.Mangoldt,H./Klein,Fr. "Das Bonner Grundgesetz" Bd.I, Zweite neubearbeitete u. vermehrte Aufl., Berlin, Frankfurt 1957

Maunz-Dürig = Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, "Grundgesetz", Kommentar, Stand Juni 78, Bd.I, Art.1 - 19. Lieferungen 1 - 16, München 1978

Motive, = "Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich", Bd.IV, Familienrecht, Berlin-Leipzig, 1888

Müller-Freienfels, Revolutionäre Familiengesetzgebung = Müller-Freienfels, W., "Zur revolutionären Familiengesetzgebung, insbesondere zum Ehegesetz der Volksrepublik China vom 1.5. 1950 ", Sonderdruck aus der Festschrift für Max Rheinstein, 1969, S.843 ff., Tübingen 1969

Müller-Freienfels, 48.DJT = Müller-Freienfels,W. "Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neue zu regeln?" Referat beim 48.Dt.Juristentag, Verhandlungen Bd.II, Teil M

v.Münch,Aktuelle Dokumente, = v.Münch,I./v.Münch E.M. (Hrsg.), Aktuelle Dokumente. Reform des Ehescheidungsrechts, zusammengestellt von Dr.Eva Marie von Münch, Berlin/New York 1971

MünchKomm-Bearb. = Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.5: Familienrecht, Red.: Kurt Rebmann, München 1978

Nolte, 48.DJT = Nolte,P. "Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln? ", Referat beim 48.Dt.Juristentag, Bd.II der Verhandlungen, Teil M

Pal.-Bearb. = Palandt, "Bürgerliches Gesetzbuch", 36.Aufl.,München 1977

RGRK-Scheffler = "Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10./11.Aufl., Berlin 1960, IV. Band, 1.Teil, bearbeitet von Georg Scheffler unter Mitarbeit v.Dr.Hans Koeniger

RGRK-Finke = "Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes", Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12.neubearbeitete Aufl., Berlin / New York 1978 33. Lieferung §§ 1408 - 1563, Bearbeiter: Franz-Josef Finke

Riehl,Die Familie,= "Die Naturgeschichte des Volkes als Grundlage einer deutschen Social-Politik", Bd.3 "Die Familie", 1855, Stuttgart, Augsburg, Wilhelm Heinrich Riehl.

Rolland, = Rolland,W. "1.EheRG" Kommentar zum 1.Eherechtsreformgesetz, Darmstadt 1977

Säcker,50.DJT = Säcker,F.J. "Welche rechtlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die tatsächliche Gleichstellung der Frau mit den Männern im Arbeitsleben zu gewährleisten?" Referat beim 50. Dt.Juristentag, Verhandlungen, Teil L

Schmidt-Bleibtreu/Klein = Schmidt-Bleibtreu,B./Klein,F. "Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland" 4.Aufl., Darmstadt/Neuwied 1977

Siebert-Vogel = Siebert,W./Vogel,H., "Familienrecht", Kommentar zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und zum Ehegesetz, Stand Ende 54, 8. Aufl., Stuttgart,Köln, 1955

Simitis/Zenz, Seminar..., = Simitis,Sp./Zenz,G. (Hrsg.), "Seminar: Familie und Familienrecht", Bd.1, Frankfurt 1975

Soergel-Lange = Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.5 Familienrecht, Wiss.Red.Hermann Lange, 10.neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1971,

Staatslexikon = Staatslexikon Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, hrsg. v.d. Görres-Gesellschaft, 3. Bd. 6. Aufl., Freiburg 1959

Verhandlungen des Achtundvierzigsten Deutschen Juristentages Mainz 1970, Bd.I Gutachten, Bd.II Sitzungsberichte, München 1970

Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages Hamburg 1974, Bd.I Gutachten, Bd.II Sitzungsberichte, München 1974

Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages,Wiesbaden 1976 Bd.I, Gutachten, Bd.II Sitzungsberichte, München 1976

Wassermann,Justizreform = Wassermann, R. (Hrsg.), Justizreform. Neuwied, Berlin 1970

Weber,Max, Rechtssoziologie = Max Weber, "Rechtssoziologie", aus dem Manuskript herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann, Neuwied, 2. Aufl., 1967

Zur Sache, "Reform des Ehe- und Familienrechts" Versorgungsausgleich, Zur Sache 2/76, hrsg. v. Presse- und Informationszentrum des Deutschen Bundestages

Zweigert, 51.DJT = Zweigert,K. "Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur", Festvortrag zum 51.Dt. Juristentag, Verhandlungen Bd.II, Teil K, München 1976

Abkürzungen

BACDJ	=	Bundesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen
BJM	=	Bundesjustizminister
BR	=	Bundesrat
BT	=	Bundestag
DAG	=	Deutsche Angestellten-Gewerkschaft
FamRÄndG	=	Familienrechtsänderungsgesetz
FS	=	Festschrift
WOMAN	=	Weltorganisation der Mütter aller Nationen

Anhang I

BGB v. 1900

§ 1353

(1) Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.

Stellt sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes dar, so ist der andere Ehegatte nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten. Das Gleiche gilt, wenn der andere Ehegatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen.

§ 1354

Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung.

Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt.

§ 1355

Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes

§ 1356

Die Frau ist, unbeschadet der Vorschriften des § 1354, berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten.

Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Thätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.

§ 1357

Die Frau ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein Anderes ergiebt.

Der Mann kann das Recht der Frau beschränken oder ausschließen. Stellt sich die Beschränkung oder die Ausschließung als Mißbrauch des Rechtes des Mannes dar, so kann sie auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben werden. Dritten gegenüber ist die Beschränkung oder die Ausschließung nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam.

Anhang I a

§ 1358

Hat sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu ertheilen, wenn sich ergiebt, daß die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt.

Das Kündigungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hat oder seine Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist. Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung ersetzen, wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist oder wenn sich die Verweigerung der Zustimmung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, steht das Kündigungsrecht dem Manne nicht zu.

Die Zustimmung sowie die Kündigung kann nicht durch einen Vertreter des Mannes erfolgen; ist der Mann in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

§ 1359

Die Ehegatten haben bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältniß ergebenden Verpflichtungen einander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.

§ 1360

Der Mann hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Die Frau hat dem Manne, wenn er außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten, den seiner Lebensstellung entsprechenden Unterhalt nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit zu gewähren.

Der Unterhalt ist in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren. Die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Vorschriften der §§ 1605, 1613 bis 1615 finden entsprechende Anwendung.

§ 1361

Leben die Ehegatten getrennt, so ist, solange einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf und verweigert, der Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren; auf die Rente finden die Vorschriften des § 760 Anwendung. Der Mann hat der Frau auch die zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlichen Sachen aus dem gemeinschaftlichen Haushalte zum Gebrauche herauszugeben, es sei denn, daß die Sachen für ihn unentbehrlich sind oder daß sich solche Sachen in dem der Verfügung der Frau unterliegenden Vermögen befinden.

Die Unterhaltspflicht des Mannes fällt weg oder beschränkt sich auf die Zahlung eines Beitrags, wenn der Wegfall oder die Beschränkung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten der Billigkeit entspricht.

§ 1362

Zu Gunsten der Gläubiger des Mannes wird vermuthet, daß die im Besitz eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören. Dies gilt insbesondere auch für Inhaberpapiere und für Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind.

Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräthe, gilt im Verhältnisse der Ehegatten zueinander, und zu den Gläubigern, die Vermuthung, daß die Sachen der Frau gehören.

§ 1564

Die Ehe kann aus den in den §§ 1565 bis 1569 bestimmten Gründen geschieden werden. Die Scheidung erfolgt durch Urtheil. Die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des Urtheils ein.

§ 1565

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte sich des Ehebruchs oder einer nach den §§ 171, 175 des Strafgesetzbuchs strafbaren Handlung schuldig macht.

Das Recht des Ehegatten auf Scheidung ist ausgeschlossen, wenn er dem Ehebruch oder der strafbaren Handlung zustimmt oder sich der Theilnahme schuldig macht.

§ 1566

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte ihm nach dem Leben trachtet.

§ 1567

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte ihn böslich verlassen hat.

Bösliche Verlassung liegt nur vor:

1. Wenn ein Ehegatte, nachdem er zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft rechtskräftig verurtheilt worden ist, ein Jahr lang gegen den Willen des anderen Ehegatten in böslicher Absicht dem Urtheile nicht Folge geleistet hat;
2. Wenn ein Ehegatte sich ein Jahr lang gegen den Willen des anderen Ehegatten in böslicher Absicht von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat und die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung seit Jahresfrist gegen ihn bestanden haben.

Die Scheidung ist im Falle des Abs.2 Nr.2 unzulässig, wenn die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung am Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf die das Urtheil ergeht, nicht mehr bestehen.

§ 1568

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemuthet werden kann. Als schwere Verletzung der Pflichten gilt auch grobe Mißhandlung.

§ 1569

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte in Geisteskrankheit verfallen ist, die Krankheit während der Ehe mindestens drei Jahre gedauert und einen solchen Grad erreicht hat, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben, auch jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausgeschlossen ist.

§ 1570

Das Recht auf Scheidung erlischt in den Fällen der §§ 1565 bis 1568 durch Verzeihung.

§ 1571
Die Scheidungsklage muß in den Fällen der §§ 1565 bis 1568 binnen sechs Monaten von dem Zeitpunkt an erhoben werden, in dem der Ehegatte von dem Scheidungsgrunde Kenntniß erlangt. Die Klage ist ausgeschlossen, wenn seit dem Eintritte des Scheidungsgrundes zehn Jahre verstrichen sind.

...

§ 1574
Wird die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so ist in dem Urtheil auszusprechen, daß der Beklagte die Schuld an der Scheidung trägt.

...

§ 1575
Der Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen. Beantragt der andere Ehegatte, daß die Ehe, falls die Klage begründet ist, geschieden wird, so ist auf Scheidung zu erkennen.

...

§ 1577
Die geschiedene Frau behält den Familiennamen des Mannes.

....
Ist die Frau allein für schuldig erklärt, so kann der Mann ihr die Führung seines Namens untersagen. Die Untersagung erfolgt durch Erklärung der zuständigen Behörde; die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Die Behörde soll der Frau die Erklärung mittheilen. Mit dem Verluste des Namens des Mannes erhält die Frau ihren Familiennamen wieder.

§ 1578
Der allein für schuldig erklärte Mann hat der geschiedenen Frau den standesmäßigen Unterhalt insoweit zu gewähren, als sie ihn nicht aus den Einkünften ihres Vermögens und, sofern nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist, aus dem Ertrag ihrer Arbeit bestreiten kann.
Die allein für schuldig erklärte Frau hat dem geschiedenen Manne den standesmäßigen Unterhalt insoweit zu gewähren, als er außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten.

...

Ehegesetz (Gesetz Nr.16 des Kontrollrates vom 20.Februar 1946)

§ 41

Die Ehe wird durch gerichtliches Urteil geschieden. Sie ist mit der Rechtskraft des Urteils aufgelöst. Die Voraussetzungen, unter denen die Scheidung begehrt werden kann, ergeben sich aus den nachstehenden Vorschriften.

§ 42

Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere die Ehe gebrochen hat.
Er hat kein Recht auf Scheidung,wenn er dem Ehebruch zugestimmt oder ihn durch sein Verhalten absichtlich ermöglicht oder erleichtert hat.

§ 43

Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann. Wer selbst eine Verfehlung begangen hat, kann die Scheidung nicht begehren, wenn nach der Art seiner Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhangs der Verfehlung des anderen Ehegatten mit seinem eigenen Verschulden sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist.

§ 44

Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn die Ehe infolge eines Verhaltens des anderen Ehegatten, das nicht als Eheverfehlung betrachtet werden kann, weil es auf einer geistigen Störung beruht, so tief zerrüttet ist, daß die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann.

§ 45

Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere geisteskrank ist, die Krankheit einen solchen Grad erreicht hat, daß die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben ist, und eine Wiederherstellung dieser Gemeinschaft nicht erwartet werden kann.

§ 46
Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere an einer schweren ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit leidet und ihre Heilung oder die Beseitigung der Ansteckungsgefahr in absehbarer Zeit nicht erwartet werden kann.

§ 47
In den Fällen der §§ 44 bis 46 darf die Ehe nicht geschieden werden, wenn das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist. Dies ist in der Regel dann anzunehmen, wenn die Auflösung der Ehe den anderen Ehegatten außergewöhnlich hart treffen würde. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den Umständen, namentlich auch nach der Dauer der Ehe, dem Lebensalter der Ehegatten und dem Anlaß der Erkrankung.

§ 48
Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden, unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren.
Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so darf die Ehe gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten nicht geschieden werden, es sei denn, daß dem widersprechenden Ehegatten die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehlen, die Ehe fortzusetzen.
Dem Scheidungsbegehren ist nicht stattzugeben, wenn das wohlverstandene Interesse eines oder mehrerer minderjähriger Kinder, die aus der Ehe hervorgegangen sind, die Aufrechterhaltung der Ehe erfordert.

§ 49
Das Recht auf Scheidung wegen Verschuldens besteht nicht, wenn sich aus dem Verhalten des verletzten Ehegatten ergibt, daß er die Verfehlung des anderen verziehen oder sie als ehezerstörend nicht empfunden hat.

§ 50
Das Recht auf Scheidung wegen Verschuldens erlischt, wenn der Ehegatte nicht binnen sechs Monaten die Klage erhebt. Die Frist beginnt mit der Kenntnis des Scheidungsgrundes. Sie läuft nicht, solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist.
...

§ 52

Wird die Ehe wegen Verschuldens des Beklagten geschieden, so ist dies im Urteil auszusprechen.

Hat der Beklagte Widerklage erhoben, und wird die Ehe wegen Verschuldens beider Ehegatten geschieden, so sind beide für schuldig zu erklären.

...

§ 54

Die geschiedene Frau behält den Familiennamen des Mannes.

...

§ 56

Ist die Frau allein oder überwiegend für schuldig erklärt, so kann ihr der Mann durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten die Weiterführung seines Namens untersagen. Die Erklärung bedarf der öffentlichen Beglaubigung. Der Standesbeamte soll der Frau die Erklärung mitteilen.

...

§ 57

Macht die Frau sich nach der Scheidung einer schweren Verfehlung gegen den Mann schuldig oder führt sie gegen seinen Willen einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel, so kann ihr das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Mannes die Weiterführung seines Namens untersagen.

...

§ 58

Der allein oder überwiegend für schuldig erklärte Mann hat der geschiedenen Frau den nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit die Einkünfte aus dem Vermögen der Frau und die Erträgnisse einer Erwerbstätigkeit nicht ausreichen.

Die allein oder überwiegend für schuldig erklärte Frau hat dem geschiedenen Mann angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit er außerstande ist, sich selbst zu unterhalten.

...

§ 60

Sind beide Ehegatten schuld an der Scheidung, trägt aber keiner die überwiegende Schuld, so kann dem Ehegatten, der sich nicht selbst unterhalten kann, ein Beitrag zu seinem Unterhalt zugebilligt werden, wenn und soweit dies ... der Billigkeit entspricht.

...

- Anhang III - .

Die Weimarer Reichsverfassung bezüglich Gleichberechtigung:

Art.109 WRV

1. Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich.
2. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.

Art.119 Abs.1 WRV

"Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und der Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der Geschlechter."

- Anhang IV -

Art.3 GG

(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
(2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt.
(3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.

Art.2 GG

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.
(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

Art.6 I GG

(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des GlBerG v.18.6.57

§ 1353
blieb in der alten Form bestehen

§ 1354
fällt weg

§ 1355
Der Ehe- und Familienname ist der Name des Mannes. Die Frau ist berechtigt, durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Namen des Mannes ihren Mädchennamen hinzuzufügen; die Erklärung muß öffentlich beglaubigt werden.

§ 1356
Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung. Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist.
Jeder Ehegatte ist verpflichtet, im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten mitzuarbeiten, soweit dies nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.

§ 1357
Die Frau ist berechtigt, Geschäfte, die innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises liegen, mit Wirkung für den Mann zu besorgen. Aus Rechtsgeschäften, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, wird der Mann berechtigt und verpflichtet, es sei denn, daß sich aus den Umständen etwas anderes ergibt; ist der Mann nicht zahlungsfähig, so wird auch die Frau verpflichtet.

Der Mann kann die Berechtigung der Frau, Geschäfte mit Wirkung für ihn zu besorgen, beschränken oder ausschließen; besteht für die Beschränkung oder die Ausschließung kein ausreichender Grund, so hat das Vormundschaftsgericht sie auf Antrag der Frau aufzuheben. Dritten gegenüber wirkt die Beschränkung oder Ausschliessung nur nach Maßgabe des § 1412.

§ 1358
fällt weg

§ 1359
bleibt unverändert

§ 1360
Die Ehegatten sind einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Die

Frau erfüllt ihre Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, in der Regel durch die Führung des Haushalts; zu einer Erwerbstätigkeit ist sie nur verpflichtet, soweit die Arbeitskraft des Mannes und die Einkünfte der Ehegatten zum Unterhalt der Familie nicht ausreichen und es den Verhältnissen der Ehegatten auch nicht entspricht, daßsie den Stamm ihrer Vermögen verwerten.

§ 1360 a

Der angemessene Unterhalt der Familie umfaßt alles, was nach den Verhältnissen der Ehegatten erforderlich ist, um die Kosten des Haushalts zu bestreiten und die persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und den Lebensbedarf der gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder zu befriedigen.

Der Unterhalt ist in der Weise zu leisten, die durch die eheliche Lebensgemeinschaft geboten ist. Der Mann ist verpflichtet, seinen Beitrag zum gemeinsamen Unterhalt der Familie für einen angemessenen Zeitraum im voraus zur Verfügung zu stellen.

Die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltenden Vorschriften der §§ 1613 bis 1615 sind entsprechend anzuwenden.

Ist ein Ehegatte nicht in der Lage, die Kosten eines Rechtsstreits zu tragen, der eine persönliche Angelegenheit betrifft, so ist der andere Ehegatte verpflichtet, ihm diese Kosten vorzuschießen, soweit dies der Billigkeit entspricht. Das gleiche gilt für die Kosten der Verteidigung in einem Strafverfahren, das gegen einen Ehegatten gerichtet ist.

...

§ 1361

Leben die Ehegatten getrennt, so kann ein Ehegatte von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht. Hierbei sind vor allem die Gründe, die zur Trennung der Ehegatten geführt haben, ihre Bedürfnisse und ihre Vermögens- und Erwerbsverhältnisse zu berücksichtigen.

Hat der Mann die Trennung allein oder in erheblich überwiegendem Maße verschuldet, so kann die nicht erwerbstätige Frau nur dann darauf verwiesen werden, ihren Unterhalt selbst zu verdienen, wenn sie auch bei Fortbestehen der häuslichen Gemeinschaft zu einer Erwerbstätigkeit verpflichtet wäre oder wenn die Inanspruchnahme des Mannes nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles, insbesondere mit Rücksicht auf eine frühere Erwerbstätigkeit der Frau oder die kurze Dauer der Ehe, grob unbillig ist.

...

§ 1362

Zugunsten der Gläubiger des Mannes und der Gläubiger der Frau wird vermutet, daß die im Besitz eines Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Schuldner gehören. Diese Vermutung gilt nicht, wenn die Ehegatten getrennt leben und sich die Sachen im Besitze des Ehegatten befinden, der nicht Schuldner ist. Inhaberpapiere und Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind, stehen den beweglichen Sachen gleich.

...

- Anhang VI -

Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) v. 14.6.1976

§ 1353

(1) Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.

(2) Ein Ehegatte ist nicht verpflichtet, dem Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft Folge zu leisten, wenn sich das Verlangen als Mißbrauch seines Rechtes darstellt oder wenn die Ehe gescheitert ist.

§ 1355

(1) Die Ehegatten führen einen gemeinsamen Familiennamen (Ehenamen).

(2) Zum Ehenamen können die Ehegatten bei der Eheschließung durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten den Geburtsnamen des Mannes oder den Geburtsnamen der Frau bestimmen. Treffen sie keine Bestimmung, so ist Ehename der Geburtsname des Mannes. Geburtsname ist der Name, der in die Geburtsurkunde der Verlobten zur Zeit der Eheschließung einzutragen ist.

(3) Ein Ehegatte, dessen Geburtsname nicht Ehename wird, kann durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Ehenamen seinen Geburtsnamen oder den zur Zeit der Eheschließung geführten Namen voranstellen; die Erklärung bedarf der öffentlichen Beglaubigung.

(4) Der verwitwete oder geschiedene Ehegatte behält den Ehenamen. Er kann durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten seinen Geburtsnamen oder den Namen wieder annehmen, den er zur Zeit der Eheschließung geführt hat; die Erklärung bedarf der öffentlichen Beglaubigung.

§ 1356

(1) Die Ehegatten regeln die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen. Ist die Haushaltsführung einem der Ehegatten überlassen, so leitet dieser den Haushalt in eigener Verantwortung.

(2) Beide Ehegatten sind berechtigt, erwerbstätig zu sein. Bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit haben sie auf die Belange des anderen Ehegatten und der Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen.

§ 1357

(1) Jeder Ehegatte ist berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den

anderen Ehegatten zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, daß sich aus den Umständen etwas anderes ergibt.
(2) Ein Ehegatte kann die Berechtigung des anderen Ehegatten, Geschäfte mit Wirkung für ihn zu besorgen, beschränken oder ausschließen; besteht für die Beschränkung oder Ausschließung kein ausreichender Grund, so hat das Vormundschaftsgericht sie auf Antrag aufzuheben. Dritten gegenüber wirkt die Beschränkung oder Ausschließung nur nach Maßgabe des § 1412.
(3) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Ehegatten getrennt leben.

§ 1360

Die Ehegatten sind einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Ist einem Ehegatten die Haushaltsführung überlassen, so erfüllt er seine Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, in der Regel durch die Führung des Haushalts.

§ 1360 a II 2

Die Ehegatten sind einander verpflichtet, die zum gemeinsamen Unterhalt der Familie erforderlichen Mittel für einen angemessenen Zeitraum im voraus zur Verfügung zu stellen.

§ 1361

(1) Leben die Ehegatten getrennt, so kann ein Ehegatte von dem anderen den nach den Lebensverhältnissen und den Erwerbs- und Vermögensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt verlangen. Ist zwischen den getrennt lebenden Ehegatten ein Scheidungsverfahren rechtshängig, so gehören zum Unterhalt vom Eintritt der Rechtshängigkeit an auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters sowie der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit.
(2) Der nichterwerbstätige Ehegatte kann nur dann darauf verwiesen werden, seinen Unterhalt durch eine Erwerbstätigkeit selbst zu verdienen, wenn dies von ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen, insbesondere wegen einer früheren Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe, und nach den wirtschaftlichen Verhältnissen beider Ehegatten erwartet werden kann.
(3) Die Vorschrift des § 1579 I Nr.2 bis 4, II über die Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs aus Billigkeitsgründen ist entsprechend anzuwenden.

...

§ 1408

(2) In einem Ehevertrag können die Ehegatten durch eine ausdrückliche Vereinbarung auch den Versorgungsausgleich ausschließen. Der Ausschluß ist unwirksam, wenn innerhalb eines Jahres nach Vertragsschluß Antrag auf Scheidung der Ehe gestellt wird.

§ 1564

Eine Ehe kann nur durch gerichtliches Urteil auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden. Die Ehe ist mit der Rechtskraft des Urteils aufgelöst. Die Voraussetzungen, unter denen die Scheidung begehrt werden kann, ergeben sich aus den folgenden Vorschriften.

§ 1565

(1) Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, daß die Ehegatten sie wiederherstellen.

(2) Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, so kann die Ehe nur geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde.

§ 1566

(1) Es wird unwiderlegbar vermutet, daß die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt.

(2) Es wird unwiderlegbar vermutet, daß die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben.

§ 1567

(1) Die Ehegatten leben getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Die häusliche Gemeinschaft besteht auch dann nicht mehr, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben.

(2) Ein Zusammenleben über kürzere Zeit, das der Versöhnung der Ehegatten dienen soll, unterbricht oder hemmt die in § 1566 bestimmten Fristen nicht.

§ 1568

(1) Die Ehe soll nicht geschieden werden, obwohl sie gescheitert

ist, wenn und solange die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der aus der Ehe hervorgegangenen minderjährigen Kinder aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig ist oder wenn und solange die Scheidung für den Antragsgegner, der sie ablehnt, auf Grund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellen würde, daß die Aufrechterhaltung der Ehe auch unter Berücksichtigung der Belange des Antragstellers ausnahmsweise geboten erscheint.
(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Ehegatten länger als 5 Jahre getrennt leben.

§ 1569
Kann ein Ehegatte nach der Scheidung nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen, so hat er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt nach den folgenden Vorschriften.

§ 1570
Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

§ 1571
Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit von ihm im Zeitpunkt
1.der Scheidung
2.der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes oder
3.des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1572 und 1573
wegen seines Alters eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden kann.

§ 1572
Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm vom Zeitpunkt
1. der Scheidung,
2. der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes,
3. der Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung oder
4. des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach § 1573
an wegen Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwäche seiner

körperlichen oder geistigen Kräfte eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

§ 1573

(1) Soweit ein geschiedener Ehegatte keinen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1572 hat, kann er gleichwohl Unterhalt verlangen, solange und soweit er nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag.

(2) Reichen die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit zum vollen Unterhalt (§ 1578) nicht aus, kann er, soweit er nicht bereits einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1572 hat, den Unterschiedsbetrag zwischen den Einkünften und dem vollen Unterhalt verlangen.

(3) Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn Unterhalt nach den §§ 1570 bis 1572, 1575 zu gewähren war, die Voraussetzungen dieser Vorschriften aber entfallen sind.

(4) Der geschiedene Ehegatte kann auch dann Unterhalt verlangen, wenn die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit wegfallen, weil es ihm trotz seiner Bemühungen nicht gelungen war, den Unterhalt durch die Erwerbstätigkeit nach der Scheidung nachhaltig zu sichern. War es ihm gelungen, den Unterhalt teilweise nachhaltig zu sichern, so kann er den Unterschiedsbetrag zwischen dem nachhaltig gesicherten und dem vollen Unterhalt verlangen.

§ 1574

(1) Der geschiedene Ehegatte braucht nur eine ihm angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben.

(2) Angemessen ist eine Erwerbstätigkeit, die der Ausbildung, den Fähigkeiten, dem Lebensalter und dem Gesundheitszustand des geschiedenen Ehegatten sowie den ehelichen Lebensverhältnissen entspricht; bei den ehelichen Lebensverhältnissen sind die Dauer der Ehe und die Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes zu berücksichtigen.

(3) Soweit es zur Aufnahme einer angemessenen Erwerbstätigkeit erforderlich ist, obliegt es dem geschiedenen Ehegatten, sich ausbilden, fortbilden oder umschulen zu lassen, wenn ein erfolgreicher Abschluß der Ausbildung zu erwarten ist.

§ 1575

(1) Ein geschiedener Ehegatte, der in Erwartung der Ehe oder während der Ehe eine Schul- oder Berufsausbildung nicht aufgenommen oder abgebrochen hat, kann von dem anderen Ehegatten Unterhalt verlangen, wenn er diese oder eine entsprechende Ausbildung

sobald wie möglich aufnimmt, um eine angemessene Erwerbstätigkeit, die den Unterhalt nachhaltig sichert, zu erlangen und der erfolgreiche Abschluß der Ausbildung zu erwarten ist. Der Anspruch besteht längstens für die Zeit, in der eine solche Ausbildung im allgemeinen abgeschlossen wird; dabei sind ehebedingte Verzögerungen der Ausbildung zu berücksichtigen.
(2) Entsprechendes gilt, wenn sich der geschiedene Ehegatte fortbilden oder umschulen läßt, um Nachteile auszugleichen, die durch die Ehe eingetreten sind.
(3) Verlangt der geschiedene Ehegatte nach Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung Unterhalt nach § 1573, so bleibt bei der Bestimmung der ihm angemessenen Erwerbstätigkeit (§ 1574 Abs.2) der erreichte höhere Ausbildungsstand außer Betracht.

§ 1576

Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit und solange von ihm aus sonstigen Schwerwiegenden Gründen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre. Schwerwiegende Gründe dürfen nicht allein deswegen berücksichtigt werden, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben.

§ 1577

(1) Der geschiedene Ehegatte kann den Unterhalt nach den §§ 1570 bis 1573 und 1576 nicht verlangen, solange und soweit er sich aus seinen Einkünften und seinem Vermögen selbst unterhalten kann.
(2) Einkünfte sind nicht anzurechnen, soweit der Verpflichtete nicht den vollen Unterhalt (§ 1578) leistet. Einkünfte, die den vollen Unterhalt übersteigen, sind insoweit anzurechnen, als dies unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Billigkeit entspricht.
(3) Den Stamm des Vermögens braucht der Berechtigte nicht zu verwerten, soweit die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre.
(4) War zum Zeitpunkt der Ehescheidung zu erwarten, daß der Unterhalt des Berechtigten aus seinem Vermögen nachhaltig gesichert sein würde, fällt das Vermögen aber später weg, so besteht kein Anspruch auf Unterhalt. Dies gilt nicht, wenn im Zeitpunkt des Vermögenswegfalls von dem Ehegatten wegen der Pflege oder Er-

ziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

§ 1578

(1) Das Maß des Unterhalts bestimmt sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Der Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf.

(2) Zum Lebensbedarf gehören auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall der Krankheit sowie die Kosten einer Schul- oder Berufsausbildung, einer Fortbildung oder einer Umschulung nach den §§ 1574, 1575.

(3) Hat der geschiedene Ehegatte einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1573 oder 1576, so gehören zum Lebensbedarf auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters sowie der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit.

§ 1579

(1) Ein Unterhaltsanspruch besteht nicht, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre, weil

1. die Ehe von kurzer Dauer war; der Ehedauer steht die Zeit gleich, in welcher der Berechtigte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach § 1570 Unterhalt verlangen konnte.
2. der Berechtigte sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Verpflichteten oder einen nahen Angehörigen des Verpflichteten schuldig gemacht hat,
3. der Berechtigte seine Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat oder
4. ein anderer Grund vorliegt, der ebenso schwer wiegt wie die in den Nummern 1 bis 3 aufgeführten Gründe.

(2) Absatz 1 gilt nicht, solange und soweit von dem Berechtigten wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann.

§ 1580

Die geschiedenen Ehegatten sind einander verpflichtet, auf Verlangen über ihre Einkünfte und ihr Vermögen Auskunft zu erteilen. § 1605 ist entsprechend anzuwenden.

§ 1581

Ist der Verpflichtete nach seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts

dem Berechtigten Unterhalt zu gewähren, so braucht er nur insoweit Unterhalt zu leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht. Den Stamm des Vermögens braucht er nicht zu verwerten, soweit die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre.

§ 1582

(1) Bei Ermittlung des Unterhalts des geschiedenen Ehegatten geht im Falle des § 1581 der geschiedene Ehegatte einem neuen Ehegatten vor, wenn dieser nicht bei entsprechender Anwendung der §§ 1569 bis 1574, § 1576 und des § 1577 Abs.1 unterhaltsberechtigt wäre. Hätte der neue Ehegatte nach diesen Vorschriften einen Unterhaltsanspruch, geht ihm der geschiedene Ehegatte gleichwohl vor, wenn er nach § 1570 oder nach § 1576 unterhaltsberechtigt ist oder die Ehe mit dem geschiedenen Ehegatten von langer Dauer war. Der Ehedauer steht die Zeit gleich, in der ein Ehegatte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftliche Kindes nach § 1570 unterhaltsberechtigt war.

(2) § 1609 bleibt im übrigen unberührt.

...

§ 1586

(1) Der Unterhaltsanspruch erlischt mit der Wiederheirat oder dem Tod des Berechtigten.

(2) Ansprüche auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung für die Vergangenheit bleiben bestehen. Das gleiche gilt für den Anspruch auf den zur Zeit der Wiederheirat oder des Todes fälligen Monatsbetrag.

...

§ 1587

(1) Zwischen den geschiedenen Ehegatten findet ein Versorgungsausgleich statt, soweit für sie oder einen von ihnen in der Ehezeit Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit der in § 1587 a II genannten Art begründet oder aufrechterhalten worden sind. Außer Betracht bleiben Anwartschaften oder Aussichten, die weder mit Hilfe des Vermögens noch durch Arbeit der Ehegatten begründet oder aufrechterhalten worden sind.

...

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 16. Januar 1952 in Kirchheim/Teck, Kreis Nürtingen als Tochter der Oberlehrerin Annemarie Ferenz geboren und habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ich besuchte zunächst die Grundschule in Schwenningen sowie das dortige Gymnasium und machte am 3. Juni 1970 Abitur am Gymnasium Villingen/Schwarzwald.
Ab Wintersemester 1970/71 studierte ich Rechtswissenschaft an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen. Ich blieb während meines ganzen Studiums in Tübingen und legte dort am 26. Mai 1976 die Erste juristische Staatsprüfung ab.

Anschließend beschäftigte ich mich mit meiner Promotion.

Seit 1. August 1979 bin ich im Vorbereitungsdienst zum zweiten Staatsexamen, und zwar im Bezirk des Kammergerichts in Berlin.
Voraussichtlich werde ich im Herbst 1981 die Zweite juristische Staatsprüfung ablegen.

.....